Zur Neugestaltung des Erbbesitzes

Dissertation

zur

Erlangung des juristischen Doktorgrades
an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität
zu Breslau

vorgelegt von

Hans-Friedrich Sommer
Wichelsdorf Krs. Sprottau

Breslau 1939
Druck: Hochschulverlag Karl Vater, Breslau 5, Siebenhufenerstraße 13/15

Gedruckt mit Genehmigung
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der
Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität Breslau.

1. Berichterstatter: Professor Dr. Lange.
2. Berichterstatter: Professor Dr. Neu.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Herrn Professor Dr. Lange, Vorsitzendem des Erbrechtausschusses der Akademie für Deutsches Recht, danke ich an dieser Stelle herzlich für die Anregung zu dieser Arbeit und die mir mannigfaltig gewährte Förderung.

Ebenso danke ich für das große Interesse, das Herr Landgerichtsrat Dr. Bartholomeyczik für diese Arbeit bei ihrer Betreuung für den Erbrechtsausschuß gezeigt hat.

Gliederung.

Seite

Einleitung. 7

Allgemeiner Teil. 8

I. Geschichtliche Entwicklung des Erbbesitzes bis zum BGB . . 8

a) Rechtslage nach römischem Recht 8
b) Rechtslage nach altem deutschen Recht 10
c) Die spätere Rechtsentwicklung 12
d) Der Erbbesitz in den Vorarbeiten zum BGB 15

II. Rechtslage nach geltendem Recht 17

1) Rechtslage nach ausländischem Recht 17
a) Rechtslage nach französischem Recht 17
b) Rechtslage nach englischem Recht 18
c) Rechtslage nach Schweizer Recht 19
d) Der Besitz des Erben in anderen ausländischen Gesetzen; Uebersicht über die Möglichkeit einer Besitzregelung für den Erben nach den verschiedenen Rechten 22

2) Rechtslage nach deutschem Recht 24

α) Rechtslage nach ABGB 24
β) Rechtslage nach BGB 25
a) „Besitz" und „Uebergehen" des Besitzes nach § 857 BGB 25
b) Erwerb, Subjekt und Beendigung des Erbbesitzes nach nach § 857 BGB 30
aa) Erwerb 30
bb) Subjekt 31
cc) Beendigung 33

Besonderer Teil. 37

I. Lassen die praktischen Auswirkungen des § 857 BGB das Bedürfnis nach Beibehaltung dieser Bestimmung erkennen? . . . 37

A. Bestimmungen zum Schutze des Erben 37

a) Besitzschutzmittel 37
aa) Selbsthilferecht (§ 859 BGB) und Abholungsanspruch (§ 867 BGB) 37
bb) Besitzentziehungsklage (§ 861 BGB) und Besitzstörungsklage (§ 862 BGB) 38
cc) Allen Besitzschutzmitteln gemeinsame Vorteile des Erben 40
b) Die Fahrnisklage aus früherem Besitz (§ 1007 BGB) . . 42
c) Klagen wegen ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 BGB) 44
d) Schadensersatzklagen (§§ 823, I, 823, II BGB) 45
e) Eigentumsvermutung (§ 1006 BGB) 46
f) Eigentumserwerb des Erben durch Ersitzung (§ 937 BGB) 48
g) Schutz des nachgelassenen Vermögens durch (§ 268 BGB) 53

Seite

h) § 771 ZPO und § 43 KO als Schutzvorschriften zur Erhaltung des Besitzes 53
i) Vorteile des Erwerbes der Früchte von Sachen durch den Besitzer (§§ 987 ff. BGB) und Ansprüche des Besitzers auf Ersatz von Verwendungen an Sachen (§ 924 BGB) . . 54
k) Ausschluß gutgläubigen Eigentumerwerbs an entwendeten Nachlaßsachen durch Dritte (§§ 935, 857 BGB) 54

B. Schutzbestimmungen für Dritte 58
a) Die Wirkung fehlerhaften Besitzes auf den Erben (§ 858, II BGB) 58
b) Passivlegitimation des Erbbesitzers gegenüber Nachlaßgläubigern für Klagen und Ansprüche gegen den Besitzer als solchen 59
aa) Aus §§ 985, 1067 und 1227 BGB 59
bb) Aus §§ 1007 und 812 BGB 60
cc) Aus §§ 867 und 1005 BGB 60
dd) Aus §§ 809 und 896 BGB 60
c) Passivlegitimation des Erbbesitzers gegenüber einer Schadensersatzklage aus § 836 BGB 60
d) Befreiung von der Schadensersatzleistung an den Berechtigten bei Leistung an Erbbesitzer (§§ 851, 857 BGB) 61

II. Wie ist der Erbbesitz in künftigem Recht zu gestalten? . . . 63
A. Stellung einer Bestimmung über den Erbbesitz im Gesetz . . 63
B. Fassung des Gesetzes 64
α) Die Erlangung des Erbbesitzes, ein Besitzerwerbstatbestand; der Tod des Erblassers, ein Endigungsgrund des Besitzes 64
β) Einzelfragen 65
a) Die theoretische Möglichkeit einer körperlichen Besitzergreifung der Sache im Zeitpunkt des Erbfalls, eine Voraussetzung des Besitzerwerbs durch den Erben . . 65
b) Regelung des Besitzerwerbes, wenn mit dem Erbfall das Recht zum Besitz unter- oder auf einen anderen Berechtigten als den Erben übergeht 66
aa) Rechtslage beim Tode eines Nießbrauchers . . . 67
bb) Rechtslage beim Tode eines gesetzlichen Vertreters, eines Verwalters 68
cc) Rechtslage beim Tode eines Gesellschafters . . . 70
dd) Rechtslage beim Tode eines die allgemeine Gütergemeinschaft fortsetzenden Abkömmlings 73
ee) Rechtslage bei Eintritt der Nacherbfolge 73
ff) Rechtslage bei Eintritt der Anerbenfolge . . . 84
c) Regelung des Besitzerwerbs beim Erbfall an Sachen, die in mittelbarem Besitz des Erblassers standen . . 85
d) Besitzerwerb nach § 857, kein Erwerb des Besitzes im Sinne des § 1007, III und § 937, II BGB 86
e) Einschränkung des Erbbesitzes in Zusammenhang mit gutgläubigem Eigentumserwerb 87
γ Zusammenfassung der einzelnen Forderungen für eine Neugestaltung des Gesetzes 91
Schrifttum 93

Einleitung.

In den §§ 854, 856 macht das BGB, dem überkommenen Besitzbegriff folgend, Erwerb und Verlust des Besitzes von Erlangung und dauerndem Verlust der tatsächlichen Gewalt über eine Sache abhängig. Außerdem ist nach herrschender Meinung zum Besitztatbestand des § 854 noch ein entsprechender Besitzwille erforderlich. Es wäre daher durchaus folgerichtig, wenn ein Nachlaß mit dem Aufhören der Sachherrschaft des Erblassers durch dessen Tod bis zu einer Besitzergreifung des Erben (§ 854, I) keinen Besitzer hätte. Trotzdem sagt das BGB in § 857: „Der Besitz geht auf den Erben über." Vergegenwärtigt man sich das Festhalten des Gesetzes an dem körperlichen Besitzbegriff, so muß diese Vorschrift zunächst unverständlich, mindestens aber als Fiktion erscheinen und der Gesetzgeber muß schwerwiegende Gründe gehabt haben, die ihn zum § 857 führten. Diese Gründe wurzeln im Erbrecht. Durch die Aufnahme der Bestimmung des Erbbesitzes in das BGB sollte, kurz gesagt, erreicht werden, daß der Nachlaß in der nämlichen Lage, wie er beim Erblasser bestand, vom Erben übernommen wird. Im Rahmen der Vorarbeiten zur Neugestaltung des deutschen Erbrechts soll nun untersucht werden, ob der eigenartige Erbbesitz des § 857 nach seinen Voraussetzungen und Wirkungen in ein neues deutsches Gemeinschaftsrecht zu übernehmen ist und wenn ja, welche Gestaltung er erfahren soll. Zweckentsprechend kann diese Untersuchung nur erfolgen auf Grund einer eingehenden Betrachtung der praktischen Auswirkungen des § 857. Unterstützt werden soll sie durch eine Darstellung der geschichtlichen Entwicklung des Erbbesitzes des BGB und seiner Bedeutung sowie durch eine vergleichende Darstellung, wie außerdeutsche Rechtsordnungen heute die Besitzverhältnisse eines Nachlasses nach dem Erbfall regeln.

Allgemeiner Teil.

I. Geschichtliche Entwicklung des Erbbesitzes bis zum BGB.

a) Rechtslage nach römischem Recht.

Die grundlegenden Regeln über Erwerb und Verlust des Besitzes nach römischem Recht, der possessio, findet man bei Paulus. In L. 3, § 1 D. 41, 2 de aquir. vel amitt. possesione wurde für den Erwerb von Besitz verlangt: „Adipiscimus possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore." Und in D. 41, 2; 44, 2 heißt es entsprechend für den Verlust des Besitzes: „. . . . . possessionem amitti vel animo vel etiam corpore".

Diesen Grundsatz des Besitzes als eines tatsächlichen Zustandes hält das römische Recht fest. Dementsprechend findet man für den Erbfall in L. 23 pr. 41, 2: Javolenus libro primo epistolarum, den Satz: „cum heredes instituti sumus adita hereditate omnia quidem iura ad nos transeunt possessio tamen nisi naturaliter comprehensa ad nos non pertinet." Nach diesem Satz, der allerdings nicht für die der patria potestas unmittelbar unterworfenen Familienangehörigen, sondern nur für die sogenannten heredes extranei galt, erfolgte der Erbschaftserwerb zwar nicht mit dem Erbfall, der den Erben nur berief, wohl aber durch besondere Annahmeerklärung, die aditio hereditatis. Diese beendete die mit dem Erbfall eintretende hereditas iacens hinsichtlich der Erbschaft, dagegen nicht hinsichtlich des Besitzes an den einzelnen Nachlaßgegenständen. War die Erbschaft bis zur aditio herrenlos, so war sie bis zur apprehensio besitzlos. Dieser alte Grundsatz von der Unvererblichkeit des Besitzes blieb bestehen, wenn er auch mit der Zeit mancherlei Ausnahmen und Einschränkungen erfuhr und so die Vorstellung von der Besitzlosigkeit des Nachlasses bis zur Apprehension immer mehr verblaßte[1]).

[1]) Vgl. Kreß, Besitz und Recht, S. 106; Jhering, Der Besitzwille S. 30; Strohal, Sukzession in den Besitz, S. 222; Mühlenbruch in Glücks Pandektenkommentar, Bd. 43, S. 1 ff.

Eine Sonderstellung hinsichtlich des Erbschafts- ebenso wie des Besitzerwerbs nahmen im römischen ähnlich dem griechischen[2]) Recht die sui heredes ein, d. h. die der patria potestas unmittelbar unterworfenen Familienangehörigen. Im Gegensatz zu dem schon besprochenen Erbschaftserwerb, der nur für die extranei heredes galt, erhielten die sui die Erbschaft regelmäßig schon mit dem Tode des Erblassers ohne eine besondere Antrittshandlung[3]) und zugleich mit der Erbschaft auch den Besitz an den Nachlaßsachen. Diese „Ausnahme" von dem Grundsatz, daß eine besondere Apprehension zum Besitzerwerb des Erben an den Nachlaßsachen nötig sei, ergab sich daraus, daß man in ihnen schon zu Lebzeiten des Erblassers die zukünftigen Herren des Vermögens erblickte, und wenn mit dem Tode des pater familias die väterliche Gewalt entfiel, sich das Detentionsverhältnis, die naturalis possessio ipso iure in juristischen Besitz verwandelte[4]). Diese Regelung bildete bei der Gesellschaftsordnung des römischen Volkes einen weitgehenden Ausgleich des Grundsatzes der Unvererblichkeit des Besitzes.

Eine Einrichtung, bei der man tatsächlich von einer Vererblichkeit des Besitzes sprechen kann, ist allerdings der vom römischen Recht dem Usucapionsbesitz weitgehend gewährte Rechtsschutz. Der Satz L. 40, D. de usurp. 41, 3: „Coeptam usucapionem a defuncto posse et ante aditam impleri constitutum est" besagt, daß die Wirkung des vom Erblasser begonnenen Ersitzungsbesitzes, der Eigentumserwerb, nicht nur vor der Apprehension, sondern sogar vor der Adition durch den Erben eintreten konnte, vorausgesetzt, daß sich kein Dritter in den Besitz der Sache gesetzt hatte.

Um einen Ausgleich für solche Härten zu finden, die sich trotz der eben besprochenen Sonderregelungen bei einer sonst strengen Durchführung des Grundsatzes der Unvererblichkeit ergeben hätten, kannte das r. R. verschiedene erleichternde Rechtssätze.

Die interdicta retinendae possessionis zur Erhaltung vorhandenen Besitzes und die interdicta recuperandae possessionis

---

[2]) Schulin, Das griechische Testament im Vergleich zum römischen, S. 13; Sohm, Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts, S. 695.

[3]) a. A.: Savigny a. a. O., S. 324 und Mühlenbruch in Glücks Pandektenkommentar Bd. 43, S. 79; nach ihnen bedurfte es auch seitens der sui heredes eines äußerlichen Erwerbsaktes.

[4]) Vgl. Jhering, Besitzwille, S. 78.

zur Wiedererlangung verlorenen Besitzes standen zwar vor einer Apprehension des Nachlasses dem Erben nicht zu. Einen gewissen Ersatz für die rekuperatorischen Interdikte bedeutete aber dem Erben gegen verboten eigenmächtige Einwirkungen Dritter die hereditatis petitio[5]). Diese Klage anstrengen zu können, bedeutete gegenüber der rei vindicatio und der actio Publiciana große Vorteile, denn bei ersterer war der strenge Beweis des Eigentums und bei letzterer der Nachweis des gutgläubigen Besitzes des Erblassers nicht immer leicht zu führen[6]).

An weiteren Klagen waren dem nicht besitzenden Erben noch gegeben die interdicta adipiscendae possessionis nämlich: das interdictum quorum bonorum und das interdictum quod legatorum. Während durch ersteres der Erbe Sachen herausverlangte, die der Erblasser zur Zeit des Erbfalls im Besitz hatte, konnte der Erbe mit Hilfe der letzteren Klage auch vom rechtmäßig eingesetzten Legatar, der sich eigenmächtig Sachen aus dem Nachlaß genommen hatte, diese wieder zurückverlangen, wobei es gleichgültig war, ob die Entnahme nach oder vor der Apprehension durch den Erben erfolgt war. In dieser letzten Klage besonders kann man eine echte Besitzklage und damit einen Ansatz des römischen Rechtes zur Vererblichlichkeit des Besitzes erblicken.

Betrachtet man die vorstehenden scheinbaren Ausnahmen des Grundsatzes von der Unvererblichkeit des Besitzes in ihren weitgehenden praktischen Auswirkungen, so scheint es „lediglich das theoretische Interesse an der Aufrechterhaltung des hergebrachten Besitzgriffes" gewesen zu sein, „welches die römischen Juristen davon abhielt, den Besitz während der Erbschaft fortdauern und mit Antretung derselben auf den Erben übergehen zu lassen"[7]).

b) Rechtslage nach altem deutschen Recht.

Das deutsche Recht nahm hinsichtlich des Erbschaftserwerbes und des Besitzerwerbes des Erben am Nachlaß einen wesentlich anderen Standpunkt ein als das römische

[5]) Vgl. Kreß, Besitz und Recht, S. 108; Jhering, Besitzwille S. 32; Bähr, Urteile des Reichsgerichtes mit Besprechungen, 1883, S. 49/50; das Verdienst Jherings ist es, zum ersten Mal in seiner Dissertation de hereditate possidente 1842 auf die den Mangel der possessorischen Interdikte ersetzende Funktion der hereditatis petitio aufmerksam gemacht zu haben.

[6]) Jhering, Ueber den Grund des Besitzschutzes, S. 88.

[7]) Jhering, Der Besitzwille, S. 32.

Recht. Das deutsche Recht kannte das Rechtssprichwort: „Der Tote erbt den Lebendigen". Die Bedeutung dieses Rechtssprichwortes ist zunächst einmal die, daß Berufung zur Erbschaft und Erwerb derselben auf den Erbfall zusammenfielen, ohne daß es einer besonderen Antrittshandlung seitens des Erben bedurft hätte. Der erwähnte Grundsatz bedeutete aber auch, daß der Erbe die Gewere an den Nachlaßsachen unmittelbar beim Eintritt des Erbfalls hatte. Dies zeigen mehrere Stellen. So bestimmte sächsisches Landrecht III, 83, § 1: „Svat man einem Manne oder vive gift, dat sollen sie besitten, dre dage, svat sie mit klage irvorderet, oder upe sie geerbet wert, des ne dorven sie nicht besitten." Diese Stelle sprach aus, daß durch die bloße Vererbung die juristische Gewere für den Erben entstand, und das gleiche sagte die Glosse zu dieser Stelle: „Zum andern kommt einer also in eines Dingß Besitzung ob im ein Erb anstirbt, das Gut hat er allbereit in seinen Geweren und besitzt es". Für diesen Grundsatz spricht ferner noch eine Stelle des sächsischen Lehnsrechtes 6, § 1: „Die Vader erft upp'n Sone die gewere des Gudes mit sament deme gude, dar umme ne bedarf die sone nicht, dat man ime des Vader Gut bewise". Der sofortige Erwerb der Gewere durch den Erben ergibt sich aber auch aus einer Stelle im Glogauer Rechtsbuch c. 8: „Wen gut anistirbet von gesippe der hat daran czu hand eyne rechte gewer unde darf daß nich nyrgüt uffnemen vor keinem rechtin"[8]).

Für die nicht unbestrittene[9]) Erbengewere spricht die Klage des deutschen Rechtes wegen Dejektion, die zugleich die wichtigste praktische Auswirkung der Erbengewere war. Hatte sich jemand nach dem Erbfall des Nachlasses bemächtigt, so konnte der Erbe mittels der erwähnten Klage fordern, daß ihm die Gewere wieder zugeteilt werde. Bewies der Erbe durch zwei Zeugen die Dejektion, wurde er im Hauptprozeß Beklagter und demjenigen, der sich der Gewere des Gutes bemächtigt hatte, wurde die wenig vorteilhafte Rolle des Klägers zugewiesen[10]). Es spricht auch für die Erbengewere

[8]) Heusler, Die Gewere, S. 173; Cosak, Der Besitz des Erben, S. 34; so auch Heusler a. a. O., S. 172 f. und S. 50 ff.; Gierke, Deutsches Privatrecht II, S. 187; Albrecht, Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts.

[9]) Homeyer, Der Dreißigste, Abhandlungen der Berliner akademisch-historisch-philosophischen Klasse 1864, S. 241 f., 245; Grimm, Rechtsaltertümer, S. 481; Behrend, Anevang und Erbengewere.

[10]) Vgl. Heusler, Institutionen, Bd. II, §§ 83 und 85.

des deutschen Rechtes, daß der Erbe sich für Bildung der Frist von Jahr und Tag die Zeit der Innehabung der Gewere seines Vorgängers anrechnen konnte. Die Frist wurde durch den Tod des Erblassers nicht unterbrochen. Diese Wirkung des unmittelbaren Ueberganges der Gewere auf den Erben findet sich in Richtsteig, Lehnrecht 22, § 5: „Wo lange ok din vader en len in sinen weren gehet hefd, dat machstu reken to der tid dat du id gehed hast in geweren . . . . wen de vader ervet up den sone vaste de were des gudes also dat gud."

Hier im deutschen Recht zur Zeit der Rechtsbücher wurde also zum ersten Mal der Grundsatz des Erbbesitzes ausgesprochen, denn man wird sich der Auffassung[11]) anzuschließen haben, daß „Gewere" dem „Besitz" entspricht und der „Uebergang der Gewere" dem „Uebergang des Besitzes" gleichbedeutend war.

c) Die spätere Rechtsentwicklung.

Im Gegensatz zu dem römischen Recht bemühten sich die Glossatoren um die Annahme eines Erbbesitzes[12]). Nach anfänglichem Zögern[13]) setzte sich auch bei den Postglossatoren schließlich der Grundsatz der Vererblichkeit des Besitzes durch[14])[15]).

So ist es zu erklären, daß in den italienischen Stadtrechten, die durch Mitwirkung der Postglossatoren entstanden, der Grundsatz des Erbbesitzes ausgesprochen ist. Als Beispiele sind zu nennen die Statuten von Verona, Modena, Pisa, Venedig und Mailand[16]). Gleiches gilt vom spanischen Recht[17]).

---

[11]) Vgl. besonders Heusler, Die Gewere; Cosack a. a. O.; Delbrück, Die dringliche Klage des deutschen Rechts vertritt den Standpunkt, daß die Gewere sich auf den Eigentumsschutz, nicht aber auf den Besitzesschutz bezogen hätte; ähnlich Renaud, Kritische Zeitschr. f. Rechtsw. u. Gesetzgebung d. Auslandes, Bd. 19, S 104 und Reyscher in Zeitschr. f. deutsch. Recht, Bd. 5, S 205; Förster und Eccius konstruieren den deutschen Besitzesbegriff auf der Grundlage des römischen Rechtes und meinen, daß hier wie dort eine Vererblichkeit nicht gegeben gewesen sei.

[12]) Cosack, Besitz des Erben, S. 77.

[13]) Bartholus ad L 23 pr. 41,2.

[14]) Vgl. Bruns, Besitz, S. 105 ff.; Cosack a. a. O., S. 82.

[15]) Menochius, de ret. poss. rem III, n, 59; Tiraquil VI, 4; vgl. Bruns a. a. O., S. 256; Cosack a. a. O., S. 83.

[16]) Statutum Veronae, p. 83; Statutum Modenae, p. 318.

[17]) Lex Tauri (1505) c. 45; vgl. Heusler, Gewere, S. 324, 325: Cosack, Besitz des Erben, S. 85.

Innerhalb des kanonischen Rechtes wurde von der Rechtsprechung, hauptsächlich der der rota Romana, im Anschluß an die Stadtrechte ein Besitz des Erben anerkannt[18]). Innozenz dagegen erklärte im Kommentar zu c. 8, X, 2, 19, daß der Besitz an den Nachlaßsachen nicht ipso iure auf den Erben überginge, sondern daß der Erbe sich in den Besitz des Nachlasses setzen könnte, um erst dann gegen Dritte geschützt zu werden[19]).

Das älteste französische Recht kannte ein der deutschen Gewere sehr ähnliches Besitzinstitut, die investitura, denn die in der fränkischen Zeit gemeinsame germanische Rechtsanschauung wirkte im französischen Recht fort[20]). Im 11. und 12. Jahrhundert wurde Besitz mit possessio und tenuria bezeichnet; für Besitzeinweisung kam die Bezeichnung „saisina" auf und seit dem 13. Jahrhundert bezeichnete „saisine" sowohl Besitz als auch Besitzergreifung. Hinsichtlich der Frage des Erbbesitzes galt auch im altfranzösischen Recht der Satz Tiraquils: „Mortuus facit possessorem vivum sine ulla apprehensione", der dem modernen französischen Rechtssatz entsprach: „Le mort saisit le vif."

In Deutschland war das römische Recht, das in seinen erbrechtlichen Sätzen sehr früh Aufnahme fand, von besonderen Einfluß auf die weitere Rechtsgestaltung. Mit dem Vordringen des fremden Rechtes wurde mehr und mehr die dem deutschen Recht eigentümliche Vorstellung der Gewere zurückgedrängt, und bald fanden die Prinzipien des römischen Rechtes in ihren Hauptzügen in Deutschland unveränderte Aufnahme.

So trennte sich bereits das kleine Kaiserrecht von dem Satz: „Der Tote erbt den Lebendigen". Ihm schlossen sich die meisten Stadtrechte an, z. B. die Frankfurter und Nürnberger und das Mainzer Landrecht. Aehnlich war die Stellung eines großen Teils der Wissenschaft. Als Gegner des Erbbesitzes sind insbesondere Giphanus[21]) und auch Stryk[22]) zu nennen. Unter dem Banne des römischen Rechtes wandte

---

[18]) Vgl. Albrecht a. a. O., S. 28.

[19]) Delbrück, Die dringliche Klage des deutschen Rechtes, S. 295. Heusler, Die Gewere, S. 324, 325; Cosack, Der Besitz des Erben, S. 84 Reinach a. a. O, S. 35; Preiser, S. 13.

[20]) Vgl Heusler, a. a. O., S. 339; Cosack a. a O., S. 63; Reinach a. a, O., S. 57.

[21]) gest. 1604, Lect. D. 41, 2,30 n. 19.

[22]) Usus modernus pandectarum (1745) ad D 41,2 de poss § 8.

sich auch besonders das Kammergericht in ständiger Rechtsprechung gegen den deutschen Erbbesitz. Aehnliche Urteile finden sich in der Tübinger und der Marburger Spruchpraxis[23]).

Waren die Stimmen gegen die deutsche Erbengewere und für die Regelung des römischen Rechtes in Praxis und Wissenschaft bei weitem vorherrschend, so fehlte es doch nicht an Stimmen, die sich für die Geltung des alten deutschen Gewererechtes und somit des Erbbesitzes einsetzten.

Die Zulässigkeit des Erbbesitzes betonten zunächst einige Partikularrechte. In der Magdeburger Polizeiordnung aus dem 16. Jahrhundert hieß es: „Wir wollen, daß in Zukunft in unserem Herzogtum Magdeburg der Besitz und der Gewer der Güter, sie sind liegend oder fahrend, ohne einige leibliche Ergreifung auf den Verstorbenen in absteigender Linie verfallen sollen." Aehnlich erklärte sich die Kurkölnische Rechtsordnung[24]). Auch in Süddeutschland, der Schweiz, Ostfriesland und den Niederlanden hielt sich partikularrechtlich die Erbengewere[25]). In der Wissenschaft hielten bedeutende Juristen wie Schilter, von Leiser, Carpzow an dem Gedanken des Erbbesitzes fest[26]). Aber auch in der Rechtsprechung fand der deutsche Gedanke immer noch Anwendung, so z. B. in einem Urteil aus Leipzig von 1649, das den Erbbesitz festsetzt. In jüngerer Zeit sogar noch nahmen zwei Entscheidungen des Oberappellationsgerichtes in Kassel aus den Jahren 1818 und 1824 die Vererbung des Besitzes an[27]).

Trotz der günstigen Vorbedingungen für ein Vordringen des römischen Rechtes in Deutschland hat sich hier immer noch der Gedanke des Erbbesitzes gehalten. Erst die Besitzlehre Savignys in seinem Buche „Das Recht des Besitzes" wirkte hier vernichtend.

Als verschiedene deutsche Länder daran gingen, ihr Recht zu kodifizieren, fand der Erbbesitz in diesen Gesetzen eine verschiedene Behandlung.

Ueber die Stellungnahme des allgemeinen preußischen Landrechtes herrschte Streit.

---

[23]) Vgl. Cosack a. a. O., S. 93/94.

[24]) Vgl. Delbrück a. a. O., S. 295; Cosack a. a. O S. 90.

[25]) Cosack a. a. O.

[26]) Vgl. Cosack a. a. O.

[27]) Cosack a. a. O., S. 94/95.

Nach einem Plenarbeschluß des Pr. Obertribunals vom 7. 11. 1849 wurden dem Erben die possessorischen Interdikte gegen eine Person nicht zugestanden, die vor Besitznahme der Erbschaft durch den Erben Sachen des Nachlasses entwendet hatte[28]). Den römischen Grundsatz sprach das Bayrische Landrecht aus: II. 5, 9, Nr. 1: „Die possessio geht verloren durch den Tod des Inhabers, denn sie ist facti und geht nicht auf den Erben, ehe und bevor selbe nicht auf obgedachte Weise von ihnen ergriffen wird“[29]). Das sächsische Gesetzbuch von 1863 kam im § 2288 gleichfalls zu einer Ablehnung des Erbbesitzes. Dem alten germanischen Standpunkte folgte dagegen das badische Landrecht, das sich an das französische Recht anlehnte[30]).

d) Der Erbbesitz in den Vorarbeiten zum BGB.

Aus den vorhandenen Rechtsquellen, dem römischen und gemeinen, dem deutschen und dem Allgemeinen Preußischen Landrecht unter Berücksichtigung des Standes der Rechtswissenschaft ein einheitliches deutsches Recht zu schaffen, war die Aufgabe der Gesetzgebungskommission für das BGB.

Der Vorwurf eines übertriebenen Romanismus, den man dem ersten Entwurf zu einem BGB gemacht hat, erscheint gerade im Hinblick auf das Besitzrecht durchaus angebracht, denn es war fast der Savigny'sche Besitzbegriff, der hier verwirklicht wurde. Alle Begriffe des römischen Besitzrechtes waren hier vorhanden: Besitz als tactum, corpus-Begriff, animus domini, Detention und juristischer Besitz.

Trotzdem nach § 806 E. I der Besitz bis zum Eintritt einer Tatsache fortdauert, die nach den Vorschriften der §§ 807—813 eine Beendigung des Besitzes bewirkt und unter den hier genannten Beendigungsgründen der Tod des Besitzers nicht genannt ist, bestimmte der Entwurf im Erbrecht, dem § 2052: „Der Besitz und die Inhabung der zur Erbschaft gehörenden Sachen gehen nicht kraft des Gesetzes auf den Erben über.“ Diese Bestimmung gab genau den im römischen Recht herrschenden Grundsatz wieder und bedeutet eine Uebersetzung der L. 23 pr. D. 41, 2.

Man hatte aber Bedenken gegen eine bedingungslose Durchführung dieses Grundsatzes und machte zur Beseiti-

---

[28]) Ebenso Förster und Eccius; A. A. Preiser a. a. O., S. 32 ff.

[29]) Roth, Bayr. Zivilrecht II, S. 120 ff.

[30]) Renaut, Badisches Landrecht, S. 407.

gung von Härten, die sich aus der Unvererblichkeit des Besitzes ergeben hätten, Vorbehalte für den Erben. Eine Aufgabe des Grundsatzes bedeuteten § 885, I und § 882, I, in denen für die Ersitzung die Wirkung der Unvererblichkeit beseitigt worden war. Aber auch die wichtigen Folgen des Besitzes, die Besitzschutzklagen und die condictio possessionis, wurden dem Erben gegeben. Im § 2054[31]) stellte man den Erben so, als wenn er mit dem Erbfall Besitz am Nachlaß erworben hätte. Man gab so den Grundsatz der Unvererblichkeit des Besitzes selbst auf, denn, wie die Protokolle[32]) sagen, blieb als Folge des Grundsatzes nur noch, „daß diejenigen Verbindlichkeiten, die den Besitz als solchen zur Voraussetzung haben, nur dann den Erben treffen, wenn er sich die tatsächliche Gewalt über die Sache verschafft hat."

Der erste Entwurf hielt sich so völlig an das römische Recht als Vorbild, weil man zur Festsetzung des Erbbesitzes hätte von einem Besitzbegriff ausgehen müssen, „welcher dem römischen Recht und den demselben folgenden Gesetzen, sowie dem Entwurf fremd ist"[33]). Es ist zu erwähnen, daß das römische Recht weit konsequenter in seiner Regelung war, wenn es den Erben zwar nicht als Besitzer anerkannte, ihm aber auch den Schutz der possessorischen Interdikte folgerichtig absprach, um ihm dann mittelbar aus dem Erbrecht Hilfe zu bringen. Gerade diesen Widerspruch, (daß dem Erben die Rechte des Besitzers zugesprochen wurden, während man den Besitz dagegen aberkannte[34])) machte die heftig einsetzende Kritik der Kommission zum Vorwurf. Als Vertreter der jungen germanistischen Rechtswissenschaft war es neben Ihering[35]) besonders Gierke[36]), der den römischen Besitzbegriff als überlebt ablehnte und sich für eine stärkere Berücksichtigung deut-

---

[31]) § 2054: „Hat ein Dritter in Ansehung einer Sache, welche bei dem Tode des Erblassers in dessen Besitz oder Inhabung war, bevor der Erbe Besitzer oder Inhaber geworden ist, eine Handlung vorgenommen, welche, wenn der Besitz oder die Inhabung mit dem Erbfalle auf den Erben übergegangen wäre, verbotene Eigenmacht gewesen sein würde, oder hat ein Dritter den Besitz oder die Inhabung einer solchen Sache vor dem Erben erlangt, so stehen dem Erben gegen den Dritten dieselben Rechte zu, wie wenn der Erbe mit dem Erbfalle Besitzer oder Inhaber der Sache geworden wäre."

[32]) Prot. V. S. 651.

[33]) Mot. III, S. 101.

[34]) Vgl. Bähr, Krit. Viertelj. Schr. Bd. 30, S. 256.

[35]) Der Besitzwille, S 497.

[36]) Der Entwurf eines BGB und das deutsche Recht, S. 30 f., 294 ff., 552 f.; vgl. auch Strützki in Verhandlungen des 20. D. J. T. Bd. I, S. 197.

scher Rechtsgrundsätze und besonders auch der Erbengewere einsetzte.

Auf Grund des Vorwurfes einer zu geringen Berücksichtigung des deutschen Rechtes räumte man in der 2. Kommission der germanistischen Rechtswissenschaft einen größeren Einfluß ein. Mit Rücksicht auf das geltende Recht und auf Grund der Erwägung, daß sich Ausnahmen von der Vererblichkeit leichter aufstellen ließen, als solche von der umgekehrten Regel des 1. Entwurfes, wurden schließlich die §§ 2052 bis 2054 E. I. gestrichen, und der heutige § 857 fand als § 779 a in den Entwurf II zu einem BGB Aufnahme. Dem deutschen Grundsatz des Erbbesitzes war dadurch über eine übertrieben romanistische Besitzauffassung zum Siege verholfen worden.

II. Rechtslage nach geltendem Recht.

1. Rechtslage nach ausländischem Recht.

a) Rechtslage nach französischem Recht.

Der Code civil hat vielfach auf germanisches Rechtsdenken zurückgehend, im Laufe der Geschichte das Zivilrecht vieler Rechtsordnungen maßgeblich beeinflußt und so zur Verbreitung germanischer Rechtsgedanken beigetragen.

Aus dem Wortlaut des Art. 724 C. c.[37]) ergibt sich zunächst für die gesetzlichen Erben, die héritiers légitimes, daß diese von Rechts wegen ohne weiteres auch in den Besitz des Erblassers eintreten[38]). Aus den dem französischen Recht eigentümlichen Bestimmungen der Art. 1004 und 1006 C. c. ergibt sich das gleiche für einen durch ein Erbvermächtnis[39]) Bedachten, falls der „Légataire universel" in einem öffentlichen Testament eingesetzt ist und Noterben nicht vorhanden sind[40]). Dagegen müssen sich nach Art. 724 II der Ehegatte und der Staat, die sucesseurs irréguliers in den Besitz am Nachlaß gemäß Art. 770 C. c. erst gerichtlich einweisen lassen. Dieser gerichtliche envoi en possession verschafft dann

[37]) Les héritiers légitimes et les héritiers naturels sont saisis de plein; droits des biens, droits et actions du défunt sous l'obligation d'acquitter tout les charges de la succession.

L'épouse survivant et l'Etat doivent se faire envoyer en possession.

[38]) Vgl. auch Hallstein in Rechtsvergleichendes Wörterbuch S. 198.

[39]) Code civil, die Zivilgesetze der Gegenwart, Bd. I, S. 293, Art. 1003: „Ein Erbvermächtnis ist diejenige testamentarische Verfügung, durch welche der Erblasser einer oder mehreren Personen die Gesamtheit des Vermögens gibt, das er bei seinem Absterben hinterlassen wird.

[40]) Vgl. a. O., S. 295 zu 1009.

auch ihnen die besitzrechtliche Stellung der héréditiers légitimes. Rückwirkend auf den Erbfall werden sie Besitzer[41]).

Auch im französischen Recht liegt die Hauptbedeutung des Erbbesitzes darin, daß dem Erben mit dem Erbfall die Besitzwirkungen[42]) ohne eine besondere Besitzergreifung zukommen, für die auch das französische Recht corpus, detention materielle und animus, l'intention de se comporter en maître, fordert.[43]).

Es kann also eine ähnliche Behandlung des Erbbesitzes im französischen und deutschen Recht festgestellt werden. Sie geht auf den Grundsatz der Erbengewere in der gemeinsamen fränkischen Zeit zurück, der sich dann in beiden Rechten — im französischen über den grand contumier — folgerichtig zu dem heutigen Rechtsinstitut entwickelt hat[44]).

b) Rechtslage nach englischem Recht.

Das englische Recht kennt heute einen Erbbesitz nicht. Abweichend von der Ordnung anderer Rechtssysteme erhält in England der durch den Erbfall zur Erbschaft Berufene die Erbschaft nicht unmittelbar vom Erblasser durch Gesamtnachfolge[45]). Bei der englischen Erbfolge liegen zwischen dem Erbfall und dem Erbschaftserwerb durch den Erben zwei verschiedene Zeitabschnitte. Im ersten Abschnitt, dem der Nachlaßverwaltung, unterliegt der Nachlaß einer Verwaltung durch einen letztwillig eingesetzten Exekutor, einen Testamentsvollstrecker, oder einen vom Nachlaßgericht bestimmten Administrator, einen Vermögensverwalter. Rechtsnachfolger ist dann dieser gesetzliche Vertreter, einer von den beiden personal representatives, auf ihn geht der Nachlaß über. Seine Aufgabe ist es, nach vorgenommener Einweisung in den Nachlaß die Nachlaßschulden sowie Erbschaftssteuern zu bezahlen und den Nachlaß festzustellen. Nach dieser Tätig-

---

41) Hallstein a. a. O., S. 198.

42) Besitzschutzmittel: Die complainte, d. h. die allgemeine Besitzstörungsklage, die dénoncation de nouvel ordre gegen zukünftige Besitzstörung und die action réintégrande auf Wiedereinsetzung in den Besitz. Rechtsschutzwirkungen: Eigentumsvermutung Art. 2230 c C., die Vermutung des Art. 2279 c. C. zum Rechtserwerb vom Nichtberechtigten bei gutgläubigem Besitz und die Klage aus älterem Besitz nach Art. 2279 II c. C.

43) Vgl. Rainach, S 61 f.; Code civil in „Zivilgesetze der Gegenwart"

44) Ueber Einzelheiten der geschichtlichen Entwicklung in Frankreich vergl. Reinach a. a. O., S. 57 ff.

45) „Das Zivilrecht Englands in Einzeldarstellungen" S. 235 f.; maßgeblich auch für die folgenden Ausführungen.

keit beginnt der zweite Abschnitt, der der Sukzession, in dem an die zur Erbschaft Berufenen, die erst mit Beendigung der Nachlaßverwaltung ein Recht auf den Ueberschuß erhalten, der Nachlaß verteilt wird. Besitz erwirbt der Erbe erst mit der Uebertragung durch den Verwalter bezw. Testamentsvollstrecker[46]). Während der Verwaltung hat der Exekutor oder Administrator die „constructive possession" an dem beweglichen Vermögen des Verstorbenen[47]).

c) Rechtslage nach Schweizer Recht.

Das Schweizerische Zivilgesetzbuch ist rund ein Jahrzehnt jünger als das Deutsche Bürgerliche Gesetzbuch. Bei seiner Schaffung konnte sich der Schweizer Gesetzgeber nicht nur auf eigene Erfahrungen mit dem alten Züricher Gesetzbuch[48]) von 1854, das auch den Erbbesitz kannte, sondern auch auf die mit dem deutschen Gesetzgebungswerk gemachten Erfahrungen stützen und die Erkenntnisse deutscher Wissenschaft in weitem Umfange auswerten. Dem Zweck der vorliegenden Arbeit scheint daher eine Darstellung dienlich, wie das große Schweizer Gesetzgebungswerk den Erbbesitz in seinen Einzelheiten regelt.

Im Schweizerischen Zivilgesetzbuch regelt Art. 560 die Gesamtnachfolge des Erben in das Vermögen und den Besitz des Erblassers[49]).

Hinsichtlich der Deutung des Art. 560 herrscht in der Schweizer Wissenschaft, die sich vielfach auf deutsche Stimmen

---

[46]) Vgl. Hallstein, Anfall der Erbschaft: in Rechtsvergl. Handwörterbuch, S. 199.

[47]) Schmitz — von Schwarzkoppen, Personal Property in: Das Zivilrecht Englands in Einzeldarstellungen, Teil I, S. 266.

[48]) Das Züricher Gesetzbuch § 493 bestimmte, daß die gesetzlichen Erben den Besitz des Erblassers nach dessen Tode in derselben Weise fortsetzen, wie dieser ihn gehabt hat. Vgl. hierzu: Cosack, Der Besitz des Erben S. 103 Reinach a. a. O. S. 41.

[49]) Art. 560: „Die Erben erwerben die Erbschaft als Ganzes mit dem Tode des Erblassers kraft des Gesetzes.

Mit Vorbehalt der gesetzlichen Ausnahmen gehen die Forderungen, das Eigentum, die beschränkten dinglichen Rechte und der Besitz des Erblassers ohne weiteres auf sie über, und die Schulden des Erblassers werden zu persönlichen Schulden der Erben.

Der Erwerb der eingesetzten Erben wird auf den Zeitpunkt der Eröffnung des Erbganges zurückbezogen, und es haben die gesetzlichen Erben ihnen die Erbschaft nach den Besitzesregeln herauszugeben."

beruft, die Meinung vor, die unter Besitz[50]) die an die tatsächliche Gewalt geknüpfte Rechtsstellung versteht[51]). Nach Escher[51a]) ist nur vererblich „die an den Besitz sich anschließende Rechtsposition, also nur ein Teil der Beziehungen des Erblassers", und die Lösung des Gesetzes steht nach ihm „im Einklang mit der bei der Regelung des Besitzes allgemein befolgten Tendenz, den Mobiliarbesitz zu einem besonderen Rechtsgut zu gestalten, über das auch selbständig, ohne das ihm zu Grunde liegende Recht gestritten werden kann, und das als solches besonderen Schutz genießt".[51b])

Voraussetzung des Besitzüberganges ist wie im deutschen Recht Besitz des Erblassers im Moment des Erbganges.

Gleichgültig ist es, ob es sich bei dem übergehenden Besitz des Erblassers um selbständigen oder unselbständigen[52]) Besitz (Depositar, Gebrauchsleiher, Pfandgläubiger) handelt[53]). Maßgeblich für die Beschaffenheit des Besitzes, der auf den Erben übergeht, ist die Beschaffenheit des Besitzes in der Person des Erblassers.

Die wichtigste Folgerung aus dem Grundsatz des Erbbesitzes ist auch wieder hier die, daß der Erbe eine besondere Besitzergreifung nicht nötig hat, und daß er den Besitz von Rechts wegen ohne Wissen und Wollen erlangt[54]).

Die erste Auswirkung dieses Besitzes ist der Besitzschutz Art. 926 ff., der dem Erben vom Erbfall an gegen verbotene Eigenmacht zusteht. Die Selbsthilfe nach Art. 926, die eine persönliche Mitwirkung des Besitzers verlangt, wird dem Erbbesitzer nur in den seltensten Fällen gegeben sein. Zur baldigen Klärung der Besitz- und sonstigen Rechtsverhältnisse dienen aber dem Erben die Besitzschutzklagen: die Besitz-

---

[50]) Art. 919: „Wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache hat, ist ihr Besitzer.

Dem Sachbesitz wird bei Grunddienstbarkeiten und Grundlasten die tatsächliche Ausübung des Rechtes gleichgestellt".

[51]) Escher, Komm. zum Schweiz. ZGB III, Anm. 4 zu Art. 560; Tuor, Komm. zum Schweiz. ZGB, Anm. 9 unter Berufung auf Leonhard zu § 1022 BGB, II, Anm. 3; Ostertag, Komm. zum Schweiz. ZGB, Anm. 23 zu Art 919.

[51a]) a. a. O.

[51b]) a. a. O., Anm. 13 zu Art. 560.

[52]) Art. 920 „Hat ein Besitzer die Sache einem andern zu einem beschränkten dinglichen oder einem persönlichen Recht übertragen, so sind sie beide Besitzer.

Wer eine Sache als Eigentümer besitzt, hat selbständigen, der andere unselbständigen Besitz."

[53]) Vgl. Ostertag, Anm. 23 zu Art. 919; Escher, Anm. 9 zu Art. 560.

[54]) Vgl. Escher, Anm. 7 zu Art. 580.

entziehungsklage, Art. 927 auf Wiedereinräumung des Besitzes und die Besitzstörungsklage Art. 928 auf Beseitigung von Störungen[55]).

Dem Erben kommt auch mit dem Erbfall der Rechtsschutz des Art. 930 zu, die Eigentumsvermutung für den Besitzer einer beweglichen Sache. Für Besitzer von Grundstücken besteht jedoch nach Art. 937 eine Vermutung des Rechtes und eine Klage aus dem Besitz nur, wenn sie ins Grundbuch eingetragen sind. Der nichteingetragene Besitzer kann aber immerhin die Besitzschutzklage anstrengen, wenn er Ausüber der tatsächlichen Gewalt ist. (Art. 937, III). Dem Erben eines nichteingetragenen Grundstücksbesitzers, der nur tatsächlich besaß, kommt also dieser Besitz- und Rechtsschutz des Art. 937, III zu[56]).

Der Erbe kann nach Schweizer Recht auch eine vom Erblasser begonnene Ersitzung fortsetzen, indem er sich nach Art. 941 den Ersitzungsbesitz seines Vorgängers anrechnen darf. Ein Hindernis für Vollendung der Ersitzung ist böser Glaube des Erben, d. h. Kenntnis eines Rechtsmangels[57]). Der Erbe kann aber auch mit dem Erbfall eigenen Ersitzungsbesitz an einer Nachlaßsache beginnen, auch wenn beim Erblasser eine Ersitzungslage nicht bestand und er den Besitz noch nicht ergriffen hat. Voraussetzung ist nur, daß er im Augenblick des Erbfalles gutgläubig ist[57]).

Bei erfolgreicher Anfechtung des Berufungsgrundes zum Erben, Art. 519 ff., mit der Ausschlagung der Erbschaft, Art. 566 ff. und dem Eintritt der Erbunwürdigkeit Art. 540, gilt der nach Art. 560 erfolgte Besitzerwerb als nicht erfolgt[58]). Berührt hierdurch wird jedoch nicht der tatsächlich erworbene Besitz, der bis zur freiwilligen oder erzwungenen Aufgabe des Besitzes bestehen bleibt[59]).

Der Nacherbe erwirbt den Besitz durch Erbgang nach Art. 560 und 492, wenn er den Nacherbfall, d. h. den für die Auslieferung bestimmten Zeitpunkt erlebt. Nach Oster-

---

55) Näheres über Besitzschutz des Schweizer Rechtes: Ostertag, Anm. zu Art. 926 bis 929.

56) Vgl. Ostertag, zu Art. 937; Escher, Anm. 8 zu Art. 560.

57) Escher, Anm. 11 zu Art. 560.

58) Escher, Anm. 12 zu Art. 560 hebt hervor, daß es bei der Geltendmachung der Erbunwürdigkeit nicht einmal der Zurückziehung bedürfe, da der Besitz im Sinne des Art 560 infolge der Erbunfähigkeit gar nicht auf den Erben übergegangen sei; ähnlich Tuor, Anm. 9 zu Art. 560.

59) Vgl. Escher, Anm. 12 zu Art. 560; Ostertag, Anm. 23 zu Art. 919; Tuor, Anm. 9 zu Art. 560.

tag[60]) erwirbt der Nacherbe selbständigen Besitz (Art. 920, II), wenn der Vorerbe im Zeitpunkt der Verpflichtung zur Auslieferung die tatsächliche Gewalt besitzt; der Besitz des Vorerben bleibt dann bis zur erfolgten Auslieferung unselbständig.

Kurz ist noch auf die Auslegung der Bestimmung des Abs. III Art. 560 einzugehen, wonach der Erwerb der eingesetzten Erben auf den Zeitpunkt der Eröffnung des Erbganges zurückbezogen wird und die gesetzlichen Erben ihnen die Erbschaft nach den Besitzesregeln zurückzugeben haben[61]). Nach der einen Auslegung[62]) wird angenommen, daß in jedem Falle die Erbschaft zunächst von dem gesetzlichen Erben erworben wird, aber dann, wenn sich die Berufung eingesetzter Erben herausstellt, diese auf Grund des als gesetzliche Fiktion aufgefaßten Abs. III als die rechtlichen Herren der Erbschaft schon vom Erbfall an anzusehen sind. Eine solche Auffassung ist aber mit der herrschenden Meinung der Schweizer Wissenschaft[63]) abzulehnen, weil doch immer nur der Berufene Erbe sein kann. Wenn der gesetzliche Erbe zu Gunsten eines eingesetzten ausgeschlossen ist, so kann eben nur der letztere die Erbschaft erwerben, und zwar vom Erbfall an. Insofern ist der erste Teil des Absatzes III Art. 560 unnötig und irreführend, da schon in Absatz I über den Eintritt der Erben in die Rechtsstellung das Nötige gesagt ist. Von Bedeutung jedoch ist der zweite Teil des Abs. III. Die nicht berufenen Erben können nie Rechtsnachfolger sein, wohl aber Ausüber tatsächlicher Gewalt, die sie als vermutliche Erben sofort mit dem Erbfall ergriffen haben. Diesen tatsächlichen Besitz haben die gesetzlichen Erben dann nach den Besitzesregeln, Art. 938 ff. an den wahren, berufenen Erben herauszugeben[64]).

d) Der Besitz des Erben in anderen ausländischen Gesetzen; Uebersicht über die Möglichkeiten einer Besitzregelung für den Erben nach den verschiedenen Rechten.

Außer in den schon besprochenen Rechtsordnungen mit der Annahme eines Erbbesitzes findet sich dieser auch in den Zivilgesetzen anderer Länder.

---

[60]) Anm. 24 zu Art. 919.
[61]) Maßgeblich für das Folgende: Escher, Anm. 16 ff. zu Art. 560.
[62]) Schrifttum bei Escher a. a. O.
[63]) Escher, Anm. 16 ff. zu Art. 560.
[64]) So auch Tuor, Anm. 11 ff. zu Art. 560.

Der Codice civile del regno d'Italia bestimmt im Erbrecht in Art. 925[65]): „Der Besitz des Vermögens des Verstorbenen geht von Rechts wegen auf die Person des Erben über, ohne daß eine tatsächliche Ergreifung notwendig wäre"[66]). Es folgt somit der schon im geschichtlichen Teil besprochenen Regelung vieler italienischer Stadtrechte.

Auch im niederländischen Recht im Burgelyk Wetboek bestimmt Art. 597[67]), daß der Besitz an allen Sachen, die der Erblasser im Augenblick des Erbfalles besaß, auf den Erben übergeht[68]).

Im gleichen Sinne sind die Bestimmungen des spanischen und portugiesischen Rechtes im codigo civil español von 1889, Art. 440[69]) und im codigo civil portugnez Art 483[70]) aufzufassen[71]).

Der brasilianische Codigo civil, der sich in seinem Aufbau an das BGB, dem Inhalt nach aber an den Code civil hält, trifft bei seiner Besitzlehre im Art. 495 die Bestimmung[72]): „Der Besitz geht mit den gleichen Eigenschaften auf die Erben und Vermächtnisnehmer über". In Ausdehnung dieses Grundsatzes lautet der Art. 496[73]): „Der Gesamtnachfolger setzt von Rechts wegen den Besitz seines Vorgängers fort; dem Einzelnachfolger steht es frei, seinen Besitz mit dem seines Vorgängers im Hinblick auf die rechtlichen Wirkungen zu vereinigen."

---

[65]) art. 925: „Il possesso dei beni de defunto passa di diritto nella persona dell' erede senza bisogno di materiale apprensione".

[66]) Uebersetzung: Dr. R. Staffler: „Das Zivilgesetzbuch des Königreichs Italien", Bolzano 1930.

[67]) „Het bezit van alles wat en overledene heeft bezeten gat, van het oogenblik van zijn overlijden, over tot zyne erfgenamen.".

[68]) Vgl. Preiser a. a. O., S 17 f. Anm. 5; Cosack a. a. O., S. 106, Anm. 17; vgl. Hallstein in Rechtsvergl. Handwörterb., Bd. II, S. 198.

[69]) „La posesion de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredera sin interrupcion y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que legue á adirse la herencia"; Preiser a. a. O., S. 17.

[70]) „Por morte do possuidor, a posse delle passa, por virtude da lei, com os mes mos effeitos de posse effeitiva aos sens herdeiros ou successores des de o momento em que o dicto possuidor fallecer."; Preiser a. a. O., S. 17.

[71]) Vgl. Hallstein, Rechtsvergl. Handwörterbuch B. II, S. 198.

[72]) A. 495, „A posse transmitte — se com os mesmos caracteres aos herdeiros e legatarios do possuidor".

[73]) Uebersetzung in „Zivilgesetze der Gegenwart", Bd. III, herausgegeben von Heinsheimer 1928, S. 119.

Während das japanische BGB z. B., das sonst unserem BGB folgt, einen Erbbesitz nicht kennt, findet sich eine Vererbung des Besitzes noch in folgenden Zivilgesetzen[74]): Rumänien Art. 653; Haiti Art. 584; Bulgarien Art. 184 Erbschaftsgesetz; Venezuela Art. 902; Argentinien Art. 2449; Uruguay Art. 1039.

Bei den hier behandelten Rechtsordnungen kann man, wie auch das Rechtsvergleichende Handwörterbuch[75]) hervorhebt, für den Besitzerwerb des Erben am Nachlaß drei Systeme feststellen, innerhalb deren wieder die einzelnen Gesetze allerdings in Einzelheiten von einander abweichen:

1. Der Anfallstatbestand für die Erbschaft, der Erbfall, bedeutet gleichzeitig einen besitzbegründenden Tatbestand für den Erben.
2. Der Besitz kann auch vom Erben nur durch Verwirklichung des sonst vorgeschriebenen Tatbestandes erworben werden. Entstehende Härten werden durch Sonderbestimmungen ausgeglichen.
3. Der Anfallstatbestand für die Erbschaft ist nur ein Stück des Tatbestandes für den Besitzanfall. Dieser erfolgt erst auf Grund einer behördlichen Einweisung.

Als die Regel wird man die hier zuerst genannte Ordnung, den verschieden ausgestatteten Grundsatz der Erbengewere des deutschen Rechtes, ansehen müssen. Die Tatsache, daß sich dieser Gedanke in einer Besitzlehre mit den aus dem römischen Recht überkommenen Grundlagen: tatsächliche Gewalt und Besitzwille nicht einordnen läßt, wird für das deutsche Recht noch eingehend begründet werden.

2. Rechtslage nach deutschem Recht.

α) Rechtslage nach ABGB.

Infolge der geschichtlichen Entwicklung gilt für weite Gebiete des Großdeutschen Reiches heute noch das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch von 1811. Wenn auch das ABGB seine bisherige Bedeutung in absehbarer Zeit verloren haben dürfte, so soll es sowohl als Gesetzbuch deutscher Länder als auch wegen seiner Besonderheit in der Regelung des Erbschaftserwerbes und der Besitzverhältnisse am Nachlaß hier behandelt werden.

---

[74]) Hallstein, Rechtsvergl. Handwörterbuch, Bd. II, S. 198.

[75]) a. a. O.

Nach dem ABGB erwirbt der Erbe mit dem Erbfall weder Erbschaft noch Besitz derselben. Wird aber nach englischem Recht der Erbe infolge Uebertragung durch Rechtsgeschäft unter Lebenden Herr der Erbschaft, so erwirbt nach österreichischem Recht der Erbe die Erbschaft durch obrigkeitliche Einweisung, durch die sogenannte „Einantwortung".

Im ABGB findet sich in § 797 der Satz: „Niemand darf eine Erbschaft eigenmächtig in Besitz nehmen. Das Erbrecht muß vor Gericht verhandelt und von demselben die Einantwortung des Nachlasses, das ist, die Uebergabe in den rechtlichen Besitz bewirkt werden." Bis zu dieser Einantwortung ruht der Besitz[76]). Da eine Inbesitznahme der Erbschaft verboten ist, übernimmt das Gericht, das die Verlassenschaftsabhandlung führt, den Nachlaß und bestimmt einen „Nachlaßkurator". Sobald das Gericht die „Erbeserklärung" des Erben angenommen hat, wird bereits dem Erben „die Besorgung und Verwaltung", also Ergreifung des Besitzes an Stelle des Kurators gestattet. Der echte, fehlerlose „rechtliche Besitz" gemäß § 797, dem die „Funktion eines allgemeinen sachenrechtlichen Legitimationsmittels"[77]) zukommt, wird erst dem Erben mit der Einantwortung zu teil.

β) Rechtslage nach BGB.

a) „Besitz" und „Uebergehen des Besitzes" nach § 857 BGB.

Das BGB vermeidet es, eine Definition für „Besitz" zu geben[78]) und sagt in den §§ 854 und 856 nur, daß Erwerb und Verlust des Besitzes von Erlangung und dauerndem Verlust der tatsächlichen Gewalt über eine Sache abhängen. Eine Begriffsbestimmung zu finden, die möglichst allen Erwähnungsfällen von Besitz und Besitzer im Gesetz gerecht wird, ist der Wissenschaft überlassen.

In den §§ 854 und 856 sind zwei Besitzelemente zu unterscheiden, ein tatsächliches und ein rechtliches[79]). Der Besitztatbestand nach § 854 ist gegeben mit Erlangung der

---

[76]) Maßgeblich für das Folgende: Krasnopolski, Oesterreichisches Erbrecht, § 51; Hallstein, Anfall der Erbschaft in Rechtsvergl. Handwörterbuch Bd. II, S. 197.

[77]) Krainz, Pfaff, Ehrenzweig: System des Oesterreichischen Allgemeinen Privatrechts, S. 430.

[78]) Ueber die grundsätzliche Vermeidung einer Besitzdefiniton: Motive III S. 80; Protokolle III, S. 35 — über Vorteile dieses Grundsatzes Strohal, Sachbesitz S. 4.

[79]) Maenner, Sachenrecht S. 124.

tatsächlichen Gewalt. Unter dieser ist „die Herstellung einer solchen Beziehung zwischen Person und Sache" zu verstehen, die „nach der Verkehrsanschauung[80]) die Herrschaft über die Sache verleiht. Sie ist die ausschließliche Möglichkeit beliebiger Einwirkung auf die Sache"[81]). An diesen natürlichen Besitztatbestand[82]) hat das Gesetz verschiedene wichtige Rechtsfolgen geknüpft, von denen, um einige schon hier zu nennen, die wichtigsten sind: Schutz der Besitzerstellung durch die §§ 859, 861 und 862 BGB, Besitz als Voraussetzung für Begründung und Uebertragung dinglicher Rechte, §§ 929, 932 BGB, Besitz als Begründung wichtiger Rechtsvermutungen[83]).

Ein Versuch, den § 857 zu deuten, kann nur Erfolg haben, wenn der Begriff des Erbbesitzes sich in einen allgemeinen Besitzbegriff einfügt.

Um das Ergebnis der verschiedenen Meinungen im Großen vorwegzunehmen: Es sind zwei Auffassungen logisch möglich, und es werden auch von der Wissenschaft zwei Gruppen von Ansichten vertreten: Erstens: der vom Erblasser tatsächlich ergriffene Besitz *geht* vermöge seiner Natur so auf den Erben *über*, wie er im Zeitpunkt des Erbfalls bestand. Der Erbe hat also genau denselben Besitz des Erblassers inne. Zweitens: der tatsächlich ergriffene Besitz des Erblassers endet mit seinem Tode, der Erbe erhält aber im gleichen Zeitpunkt vom Gesetz aus Zweckmäßigkeitsgründen eine Besitzerstellung, die der des Erblassers entspricht.

Welcher dieser Meinungen der Vorzug zu geben ist, kann sich nur aus einer Gegenüberstellung der einzelnen Ansichten klären.

Innerhalb der ersten Gruppe, die den nämlichen Besitz des Erblassers auf den Erben übergehen läßt, spielen die Auffassungen von R. Leonhard und Heck eine Sonderrolle. Leonhard[84]) geht davon aus, daß § 854 eine Definition des Besitzes enthalte, die füglich auch für § 857 gelten müsse. Er bemüht sich deshalb nachzuweisen, daß auch der Erbe die tat-

---

[80]) Sogen. „Elementarbegriff" der tatsächlichen Gewalt im Gegensatz zum „Blankettbegriff". Heck, Grundriß des Sachenrechts S. 56.

[81]) Lindemann-Soergel, Anm. 1 zu § 854 BGB.

[82]) „Besitz in natürlichem Sinne", Neuwiem a. a. O., S. 3.

[83]) Vgl. Kober, Anm. 9 zu § 857.

[84]) in Anmerkungen zu Ed's Vorträgen zum BGB. Bd. II, S. 3 Anm. III.

sächliche Gewalt an den Nachlaßsachen schon mit dem Erbfall habe, unabhängig davon, ob er die Sachen bereits wirklich in der Hand habe. Er sieht das Verhältnis tatsächlicher Gewalt in einem sozialen Gewaltverhältnis, bei dem es auf irgendeine Möglichkeit physischer Einwirkungen nicht ankomme. Heck[85]) kommt auf anderem Wege zu einem ähnlichen Ergebnis. Er meint, daß auch der Erbbesitzer die tatsächliche Gewalt innehabe, selbst wenn er von dem Erbfall nicht einmal unterrichtet sei. Auch Heck benötigt deshalb eine besondere Erklärungsweise für das, was das Gesetz tatsächliche Gewalt nennt. Er unterscheidet den „Elementarbegriff" tatsächliche Gewalt, der einer juristischen Auslegung unzugänglich sei, von dem „Blankettbegriff", den er seinen Ausführungen zugrunde legt. Dieser Blankettbegriff tatsächliche Gewalt habe sich mit der Zeit so vergeistigt, daß man auch bei Erbbesitz von tatsächlicher Gewalt in diesem Sinne sprechen könne. Die Vorschrift des § 857 entspreche so dem Grundgedanken des Besitzrechtes und der Inhalt würde bei Fehlen einer Gesetzesnorm sich aus der ratio ergeben. Heck glaubt, damit nachgewiesen zu haben, daß seine Kontinuitätstheorie (Interessenwertung) die Verwendung des überkommenen Besitzbegriffes für den Erbbesitz möglich mache. Aehnlich erklärt auch Schmelzeisen[86]) den § 857. Hedemann[87]) rechnet hier „mit einer aufs äußerste vergeistigten tatsächlichen Gewalt."

Gegen diese Auffassungen ist zu sagen, daß die Behauptung einer tatsächlichen Gewalt des z. B. weit entfernten Erben außerordentlich gekünstelt wirkt. Die Frage der tatsächlichen Gewalt darf nicht von außen, von der Seite des Zuschauers, sondern muß von innen, von der Seite des Erben aus betrachtet werden. Entsprächen außerdem die geschilderten Auffassungen den tatsächlichen Lebensverhältnissen, so würde der § 857, wie ja auch Heck ausdrücklich betont[88]), völlig überflüssig sein. Die tatsächliche Gewalt kann nur vom Erben erlangt werden, nie aber laut gesetzlicher Vorschrift übergehen. Die Stellungnahme der Gemeinschaft gegenüber den verwaisten Nachlaßsachen ist von Wichtigkeit, aber nur als Beweis dafür, daß die Zuerkennung gewisser Besitzschutzmittel an den Erben vom Erbfall an dem Volksempfinden ent-

---

85) a. a. O. § 10; § 5, 6.

86) Die Relativität des Besitzbegriffs, Arch. Ziv. Prax. 136, S. 49.

87) Sachenrecht des BGB., S. 457.

88) a. a. § 10, 11.

spricht. Sie begründet aber keine tatsächliche Gewalt beim nichtsahnenden Erben[89]). Damit ist geklärt, daß der Erbe erst mit der tatsächlichen Ergreifung des Nachlasses an den Sachen tatsächliche Gewalt erlangen kann, und der § 857 nicht den Uebergang des tatsächlichen Verhältnisses vom Erblasser bedeuten kann.

In Erkenntnis dessen vertreten andere die Meinung, Besitz nach § 857 bedeute die durch tatsächlichen Besitzerwerb vom Erblasser (§ 854 I, II) geschaffene Rechtsstellung, die sich vererbe. Ausgangspunkt für diese Ansichten mögen die Auffassungen der zweiten Kommission zum BGB[90]) gewesen sein. Danach ist Besitz „eine Rechtsposition, deren Erlangung an die Erwerbung der tatsächlichen Gewalt gebunden" ist. In den Beratungen ging die Meinung der Gesetzgebungskommission dahin, daß man unter Verlust der tatsächlichen Gewalt durch „Verlieren in anderer Weise" (§ 856) den Tod des Erblassers nicht zu verstehen habe, und daß die erwähnte Rechtsposition vererblich sei. Die Stimmen der Wissenschaft gehen hier nur in Einzelheiten, besonders in der Kennzeichnung des Besitzes als Rechtsstellung[91]), Rechtsposition[92]) und Rechtsverhältnis[93]) etwas auseinander. Zur Kennzeichnung des Hauptproblems dieser Theoriengruppe mögen die Worte von Kober[94]) dienen: „Da der Gesetzgeber sich einerseits so apodiktisch ausspricht, anderseits auch sonst den Rechtsgedanken einer unmittelbaren Nachfolge in den Besitz verfolgt (§ 854, II), so wird es wohl angängig sein, die vollen Konsequenzen des aufgestellten Satzes zu ziehen, nämlich eines Teils, daß das Gesetz auch hier eine unmittelbare Nachfolge des Erben in den Besitz anerkennt, und daß anderen Teils unter Besitz hier der Inbegriff der gesamten Rechtsstellung des Erblassers als Besitzer zu verstehen ist, die füglich in ihrer Gesamtheit schlechthin als Recht bezeichnet werden kann."

---

[89]) Aehnlich Thamm a. a. O. S. 20.

[90]) Prot. V, S. 650 ff.

[91]) Strohal, Erbrecht § 63 III, ähnlich Biermann, Anm. 1 b. zu § 857.

[92]) Holste, a. a. O. S. 4 f.

[93]) Gierke, Dt. Privatrecht. Bd. II § 114 II, Bekker, Aphorismen zur Besitzlehre S. 16, Krone, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts S. 17; Endemann, a. a. O. § 37 1 b (mit ausführlichen Begründungen); Neuwiem, a. a. O. S. 30; Stephan a. a. O. S. 29; Crull a. a. O. S. 33; Graf Wartemsleben a. a. O. S. 40.

[94]) Anm. 2 zu § 857.

Mit einer derartigen Auslegung des § 857 wird man sich nicht einverstanden erklären können. Von einem *Uebergang* des Besitzes wird man nur reden können, wenn der nämliche Besitz des Erblassers wirklich auf den Erben übergegangen ist. Soweit der Erblasser den unmittelbaren Besitz an seinen Sachen nach § 854 BGB durch Ergreifung der tatsächlichen Gewalt mit entsprechendem Besitzwillen erworben hat, besteht sein Besitz in einer nicht mehr von seiner Persönlichkeit zu lösenden, nicht selbständigen Beziehung zu seinen Sachen. Der Erbe, der zur Zeit des Erbfalls z. B. in Amerika weilt und keinerlei Ahnung von dem Erbfall hat, ermangelt jeder Sachherrschaft. Eigentum an den Sachen des Erblassers geht auf den Erben ipso iure wirklich über; der Besitz dagegen, den der Erblasser auf Grund seiner Sachherrschaft erworben hat, kann aus den erwähnten Gründen selbständig nicht übergehen, denn es sind zwei ebenso verschiedene Tatsachen, ob A oder B die Sachen besitzen, oder ob A die Sache X oder Y besitzt[95]). Wenn das Gesetz in § 857 von Uebergang des Besitzes spricht, so kann es nur meinen, daß der Erbe auf Grund seines *Erbrechts* genau so geschützt und verpflichtet werden soll, wie der Erblasser auf Grund seiner *Sachherrschaft* geschützt und verpflichtet war.

Entscheidend für die Begriffsbestimmung des § 857 ist also *nicht* der *Uebergang* des Erblasserbesitzes, sondern *die Tatsache, daß der Gesetzgeber dem Erben in seiner Beziehung zur Sache ohne Grundlage eines räumlichen Verhältnisses aus rechtspolitischen Gründen die gleiche Stellung verleiht, wie sie der Erblasser auf Grund seiner tatsächlichen Herrschaft hatte*[96]). Auf diese Weise

---

[95]) Planck-Brodmann, Anm. 2 zu § 857.

[96]) Ähnlich Reinach a. a. O. S. 50 und, während nach Planck, Komm. z. Sachenrecht, S. 29, 3. Aufl. (anders 5. Aufl.) die „für den Besitz und den Besitzer einer Sache geltenden Vorschriften auf dem mit dem Tode des Besitzers eintretenden tatsächlichen Zustand und den Erben entsprechende Anwendung" finden, nimmt Schliewen im RGRK. bei der Frage: ist Erbenbesitz wirklicher oder gedachter Besitz? „als wohl richtiger" an, daß die Besitzvorschriften nur entsprechend anzuwenden seien. — Turnau-Förster a. a. O. S. 67, betrachten den Erbbesitz als eine reine Fiktion; nach Kretschmar, Sachenrecht des BGB., Anm. II § 857 verfolgt das BGB. in § 857 den Zweck, den Erben bis zur Erlangung des wirklichen Besitzes an einer Sache zu schützen und gewährt diesen Schutz in der Weise, „daß die tatsächliche Gewalt des Erblassers an den von diesem besessenen Sachen zugunsten des Erben als fortbestehend gilt". Albrecht a. a. O. S. 51 entscheidet sich bei der

wird, wie die Denkschrift zum Entwurf des BGB[97]) fordert, „eine den Bedürfnissen des Lebens und der Rechtssicherheit entsprechende Gestaltung des Besitzverhältnisses und des Besitzschutzes" nach dem Tode des Besitzers erreicht.

Während die Besitztatbestände der §§ 854 I und II und 857 in ihren Voraussetzungen so verschieden sind, sind die an die Tatbestände vom Gesetzgeber geknüpften Besitzfolgen die gleichen. Es liegt daher nahe, zu sagen: *Besitz ist diejenige Position, der das Gesetz Besitzfolgen beimißt.* Erlangt werden kann demnach der Besitz durch tatsächliche Gewalt (§ 854, I); er kann aber auch erlangt werden durch bloße Einigung mit der Möglichkeit der Gewaltausübung (§ 854, II) und schließlich ist auch der Erbfall (§ 857) ein solcher Erwerbsgrund für den Erben.

Im Rahmen eines solchen Besitzbegriffes ist der Erbbesitz nach § 857 BGB eine Erscheinungsform echten Besitzes, die sich von der Form körperlichen Besitzes durch die Erwerbsart (§§ 854, I, II) sowie die Art der Beendigung auszeichnet[98]).

b) Erwerb, Subjekt und Beendigung des Erbbesitzes nach § 857 BGB.

Im Rahmen des zuvor entwickelten Besitzbegriffes ist also das Entscheidende an der Vorschrift des § 857 nicht so sehr der Uebergang des Erblasserbesitzes als vielmehr der neue Erwerb *in* der Hand des Erben.

aa) Die Voraussetzungen dieses Erwerbs ergeben sich aus der Bestimmung des § 857 BGB selbst: Tod eines Menschen, Besitz — mittelbarer oder unmittelbarer — desselben bis zum Tode und Erbeneigenschaft einer oder mehrerer anderer Personen, für oder gegen welche der Besitzerwerb sich auswirken soll. Besitzer wird also nicht der Erbe eines Besitzdieners. Gleichgültig ist für den Besitzerwerb des Erben auch, ob der Erblasser Alleinbesitzer, Teil- oder Mitbesitzer war.

Eine Besonderheit des Besitzerwerbs nach § 857 im Gegensatz zu den Besitzerwerbsvorschriften des § 854, I und

---

Frage: bedeutet § 857 Präsumtion oder Fiktion, für letztere. — Nach Kreß, Besitz u. Recht, S. 189 gibt der § 857 nur die Auffassung deutschen Rechtsverkehrs wieder, nach dem es unverständlich war, daß ein Erbe tatsächlich von seiner Erbschaft Besitz ergreifen mußte.

[97]) Ergänzt von Jänsch, S. 117.

[98]) Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt Ulrich a. a. O. S. 4.

II besteht darin, daß gemäß § 857 der Besitz mit den Eigenschaften übernommen wird, die er beim Vorgänger im Besitz aufwies. Hatte der Erblasser eine Sache als ihm gehörig im Besitz, so erwirbt auch der Erbe mit dem Erbfall an dieser Sache Eigenbesitz und ebenso wird der Erbe Fremdbesitzer, falls der Erblasser die Sache als ihm nicht gehörend besessen hatte. Gleichgültig ist hier auch, ob der Erblasser den Besitz tatsächlich rechtmäßig oder unrechtmäßig erworben hatte. War der Erblasser hinsichtlich seines Rechtes zum Besitz in gutem Glauben, so hat auch der Erbe bezüglich dieser Sachen die Stellung eines gutgläubigen Besitzers und ebenso nimmt er die Stellung eines bösgläubigen Besitzers ein, falls der Erblasser hinsichtlich seiner Besitzberechtigung in bösem Glauben war.

Begründet ist diese Eigenart des Besitzerwerbs nach § 857 durch den besonderen Zweck dieser Bestimmung. Der Stellung des Erben in seiner Beziehung zu den Nachlaßgegenständen sollen die gleichen Rechtswirkungen zugutekommen, wie sie dem Erblasser auf Grund seiner Sachherrschaft zukommen. Diese Besitzerposition erhält der Erbe nach § 857 ohne Rücksicht darauf, ob er hinsichtlich der fraglichen Sache überhaupt einen Willen haben kann, also auch dann, wenn er nicht einmal Kenntnis von der Zugehörigkeit der Sache zum Nachlaß oder von dem Erbfall selbst hat. Beruhen die Rechtswirkungen des Besitzes allerdings auf den Eigenschaften des augenblicklichen Besitzers, auf dessen Eigenbesitzwillen oder dessen guten Glauben, so haben sie nur so lange Geltung, als in dem Erben kein gegenteiliges Wissen oder kein gegenteiliger Wille entsteht.

bb) In weiterem Gegensatz zu den Erwerbsvorschriften des § 854, I und II sagt § 857 nicht nur, *wie* Besitz erworben wird, sondern nennt gleichzeitig das Subjekt des Besitzerwerbs. „Besitznachfolger" ist *der wirkliche Erbe*, nicht wer als Erbe gilt. Schwierigkeiten können sich hieraus kaum ergeben. Erwähnenswert sind nur einige Sonderfälle.

Beim nasciturus, der ja gemäß § 1923 II Erbe, nicht aber tatsächlicher Besitzer sein kann, ist für die Anwendbarkeit des § 857 folgendes zu sagen. Mit dem Erbfall tritt zunächst gleichsam eine besitzlose Zeit ein, und erst mit der Geburt erwirbt der Neugeborene den Besitz rückwirkend für eine vergangene Zeit. Jetzt erst kann er durch seinen Vertreter gegenüber Besitzstörungen, die in der Zeit zwischen Erbfall

und Geburt lagen, die Besitzschutzmittel geltend machen[99]). Normalerweise wird allerdings schon bald nach dem Erbfall zur Wahrung künftiger Rechte für die Leibesfrucht gemäß § 1912 oder für den Nachlaß gemäß § 1960 ein Pfleger eingesetzt werden, und sobald diesem der unmittelbare Besitz über die Nachlaßsachen eingeräumt ist, kann er als unmittelbarer Verwaltungsbesitzer den Nachlaß schützen. Vom Zeitpunkt der Geburt an vermittelt der Pfleger rückwirkend auf seine Einsetzung den unmittelbaren Besitz an den Nachlaßsachen für den neugeborenen Erben als mittelbaren Besitzer. Wird dagegen der nasciturus nicht lebend geboren, so fällt die Erbschaft dem nächstberufenen Erben an, rückwirkend auf den Zeitpunkt des Erbfalls, und der Erbe kann von dem Pfleger, soweit er den Besitz der Nachlaßsachen hat, diese herausverlangen.

Daß der Besitzerwerb nach § 857 seine Grundlage im Erbrecht hat und daß der Erbe den Besitz erwirbt, ohne Rücksicht auf sein räumliches bezw. tatsächliches Verhältnis zum Nachlaß, ohne Kenntnis, ob die Sache zum Nachlaß gehört, ohne Wissen vom Erbfall selbst, ja sogar gegen seinen Willen, wird besonders deutlich in den Fällen, in denen der zunächst berufene Erbe seine Eigenschaft als Erbe rückwirkend verliert und ein anderer an seine Stelle als Erbe tritt. Im Zeitpunkt der Erbschaftsausschlagung (§ 1953), der Erbunwürdigkeitserklärung (§ 2339 ff.), der wirksamen Anfechtung einer Verfügung von Todes wegen (§ 2078, § 2281 und § 142) und der Erbunfähigkeit ausgebürgerter Personen (§ 1 Gesetz über erbrechtliche Beschränkungen wegen gemeinschaftswidrigen Verhaltens vom 5. 11. 1937), stellt sich heraus, daß der vorläufige Anfall der Erbschaft gar nicht erfolgt ist, und eine ähnliche Lage tritt ein, wenn z. B. jemand als testamentarischer Erbe die Erbschaft antritt und sich später ein jüngeres Testament mit der Einsetzung eines anderen Erben findet. In diesem Zeitpunkt gilt der Anfall der Erbschaft an den vorläufigen Erben als gar nicht erfolgt und der nächstberufene ist Erbe vom Erbfall an. Gemäß § 857 wirken diese Vorschriften über den Anfall der Erbschaft auch auf den Anfall des Besitzes. Der wegfallende Erbe war, wie sich jetzt herausstellt, also niemals Erbbesitzer. Erbbesitzer ist vielmehr

---

[99]) Im wesentlichen übereinstimmend: Strohal, Sachbes. S. 59, Biermann Anm. 5 zu § 857; Kreß S. 191 Anm. 564; Kniep a. a. O. S. 182 ff.; Ulich S. 45; Graf Wartensleben S 42; Crull S. 46; Bambach S. 46.

mit Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Erbfalls der wahre Erbe.[99a])

Ein Testamentsvollstrecker, der für einen in einem anfechtbaren Testament bestimmten Erben den Nachlaß verwaltet, wird nie diesem, sondern nach wirksamer Anfechtung vom Erbfall an nur für den endgültigen Erben den Besitz vermittelt haben[100]). Ebenso sind Besitzstörungen gegen den Erbenbesitz des vorläufigen Erben vor Wegfall des Berufungsgrundes als Besitzstörungen gegenüber dem endgültigen Erben anzusehen.

Eine besondere Lage tritt ein, wenn der vorläufige Erbe die Nachlaßsache ergriffen hat. In diesem Zeitpunkt hört der Erbbesitz als solcher auf, denn er verwandelt sich durch die tatsächliche Besitzergreifung (§ 854 I) in körperlichen Besitz. Gilt nun infolge eines der erwähnten Gründe der Erbschaftsanfall als nicht erfolgt, so fällt der Erbbesitz in der Person des bisherigen Erben vom Erbfall bis zum Erwerb körperlichen Besitzes ganz weg. Vom Erbfall an ist Besitzer an den Nachlaßsachen der neue Erbe, für den jedoch der Besitz nur so lange von Dauer ist, bis er mit der körperlichen Inbesitznahme der Nachlaßsache durch den vorläufigen Erben endet[101]).

cc) Wie schon angedeutet, unterscheidet sich der Erbbesitz nach § 857 BGB von dem körperlichen Besitz nach § 854, I, II nicht nur hinsichtlich seines Erwerbs, sondern auch durch die Anlässe seiner Beendigung.

Auf die Besonderheiten des Erbbesitzes hinsichtlich seiner Beendigung ist man in der Wissenschaft fast gar nicht eingegangen.

Spricht man von einem Ende des Erbbesitzes, so sind zwei Fälle zu unterscheiden.

1. Der Erbbesitz wird seinem Zweck entsprechend durch den Erben selbst in eine Form endgültigen Besitzes verwandelt. Der Erbe behält weiter Besitz.
2. Mit dem Erbbesitz verliert der Erbe überhaupt jeden Besitz an der Nachlaßsache, sei es durch Einwirkung von dritter Seite oder Verlieren in sonstiger Weise. Der Erbe behält keinen Besitz mehr.

---

[100]) Strohal, Sachbesitz, S. 101; Kaim a. a. O. S. 42.

[99a]) a. A. Binder a. a. O. S. 60.

[101]) Vgl. Strohal, Sachbesitz, S. 102; a. A. Binder a. a. O. S. 60: „Ergreift der Erbe die tatsächliche Gewalt, so liegt nicht Besitzergreifung, sondern Besitzausübung vor. Ist der Erbe erst einmal Besitzer, so bleibt er es auch".

Dem Zweck des Grundsatzes des § 857 BGB entsprechend ist „der durch die Besitzvererbung geschaffene Zustand, also der Erbbesitz aufzufassen als eine Brücke zwischen dem Besitze des Erblassers und der tatsächlichen Ergreifung der Nachlaßsachen durch den Erben." Ulich[102]) fährt weiter fort: „Der Erbbesitz besteht also um eines in Zukunft erwarteten stärkeren Besitzverhältnisses willen."

Dieses „stärkere" Besitzverhältnis kann einmal sein unmittelbarer Besitz (§ 854, I), aber auch mittelbarer Besitz (§ 868).

Eine Veränderung des Erbbesitzes tritt also ein, wenn ein Erbe die tatsächliche Herrschaft über eine Nachlaßsache gemäß § 854 Abs. 1 ergreift.

Von Bedeutung ist der Zeitpunkt der Umwandlung von Erbbesitz in tatsächlichen Besitz für die Haftung des gutgläubigen Erbschaftsbesitzers, der gemäß § 2025 BGB gegenüber einer Klage des Erben auf Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung nur haftet, wenn der Erbe den Besitz bereits tatsächlich ergriffen hatte. Im übrigen ist die Frage, wann der Erbe den tatsächlichen Besitz ergriffen hat, nach der Verkehrsanschauung zu entscheiden[103]).

Von der Umwandlung in eine endgültige Besitzform des Erben wird man auch dann sprechen können, wenn sich der bisherige Erbbesitz an einer Nachlaßsache in mittelbaren Besitz verändert. Immer wenn ein Dritter im Auftrag oder in Geschäftsführung ohne Auftrag[104]) für den bisherigen Erbbesitzer die Sache in tatsächlichen Besitz (§ 854, I) nimmt, verwandelt sich der Erbbesitz in die endgültige Form des mittelbar körperlichen Besitzes[105]). Beispiele für eine solche Beendigung des Erbbesitzes durch Umwandlung des unmittelbaren Erbbesitzes in mittelbaren, körperlichen Besitz sind gegeben, wenn ein Nachlaßpfleger oder Verwalter, Nachlaßkonkursverwalter oder Testamentsvollstrecker Nachlaßsachen in Besitz nimmt und dem mit dem Erbfall unmittelbarer

---

[102]) a. a. O. S. 3.

[103]) Vgl. Ulrich a. a. O. S. 28.

[104]) RGZ. 94, 341.

[105]) a. A. Ulrich a. a. O. S. 20, der nur dann eine Veränderung in eine höhere Besitzform annimmt, wenn ein Dritter im Auftrage des Erbbesitzers den Besitz ergreift.

Erbbesitzer gewordenen Erben den Besitz vermittelt[106]). Schließlich ist auch der unmittelbare Erbbesitz des Erben beendet und hat sich in mittelbaren Besitz verändert, wenn ein Erbe gemäß § 1969 BGB den Familienangehörigen des Erblassers dessen Haushaltungsgegenstände zur Benutzung überläßt[107]).

In allen den erwähnten Fällen nimmt der Erbbesitz als ein provisorischer Zustand, „der die Entstehung einer stärkeren Besitzform für den Erben gewissermaßen vorbereiten soll"[108]), sein zweckentsprechendes Ende.

Mit dem Erbbesitz kann aber der Erbe auch jeglichen Besitz verlieren. Hier entsteht die Frage, zu welchem Zeitpunkt und nach welchen Gesichtspunkten der Erbbesitz endet. Der Meinung Binders[109]), der Erbbesitz könne nicht anders als nach der Vorschrift des § 856 BGB endigen, wird man sich nicht anschließen können, da diese Vorschrift tatsächliche Gewalt voraussetzt, das hervorstechendste Merkmal des Erbbesitzes aber gerade der Mangel jeder tatsächlichen Gewalt ist.

Eine andere Frage entsteht, ob man dem § 856 folgend die Einteilung in Beendigung des Besitzes durch freiwillige Aufgabe und unfreiwilligen Verlust übernehmen kann.

Nach Strohal[110]) ist es auch dem Erben möglich, durch eine bloße Erklärung — z. B. eine öffentlich kundgemachte — den Besitz aufzugeben. Unter Aufgabe des Besitzes wird man mit Ulich[111]) „den auf einseitiger Handlung des Besitzers beruhenden Besitzverlust sehen können". Voraussetzung der Besitzaufgabe ist eine Veränderung der Tatsachen, auf denen der Besitz beruht. Die dem Erbbesitz zugrundeliegenden Tatsachen, Besitz des Erblassers beim Erbfall und Erbeneigenschaft des Erbbesitzers sind aber dessen Einwirkung entzogen.

Vor einer Umwandlung des Erbbesitzes in körperlichen Besitz durch Besitzergreifung nach § 854, I ist eine Aufgabe des Besitzes durch den Erben daher nicht möglich[112]).

---

106) Vgl. Ulrich, S. 29; Kober Anm. 5 zu § 857; Hörle, a. a. O. S. 756.

107) Bambach, S. 34.

108) Ulich, S 35. Im Ergebnis übereinstimmend Strohal, Sachbesitz, S. 103; Reinach, S. 52; Rosenthal S. 6. — Nach Gierke, Dtsch. Privatrecht, Bd. II, § 115 V verschafft die tatsächliche Besitzergreifung keinen neuen Besitz, sondern verfestigt den schon erworbenen.

109) a. a. O. S. 51 und S. 60. Ebenso Kreß, a. a. O. S. 187

110) Sachbesitz, S. 108.

111) a. a. O. S. 36.

112) Vgl. Ulich, S. 36 ff.

Hinsichtlich des unfreiwilligen Verlustes des Besitzes wird man aber der beim körperlichen Besitz üblichen Unterscheidung in Besitzverlust durch Besitzentziehung von Seiten eines Dritten und Verlust in anderer Weise folgen können. Falls ein Dritter eine Nachlaßsache nach eingetretenem Erbfall in seine Gewalt bringt, so ist auch der kraft Vorschrift des § 857 erworbene Besitz beendigt[113]).

In anderer Weise geht aber der Erbbesitz dem Erben „durch Wegfall der Möglichkeit, die Gewalt auf dem ordnungsmäßigen Wege zu erlangen, verloren"[114]).

Der Bestimmung des § 856 Abs. 2 entsprechend wird man auch hier „ein seiner Natur nach vorübergehendes Hindernis der Gewalterlangung" nicht als schädlich ansehen können[115]). So wird man z. B. annehmen können, daß der Besitz an Nachlaßsachen, die durch das Nachlaßgericht versiegelt worden sind, vom Erben nicht eingebüßt wird, sondern diese Maßnahme als eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung des Erben, die Gewalt zu ergreifen, anzusehen ist[116]).

Nach diesen Ausführungen wird man die Vorschrift des § 857 nicht nur als Erwerbsvorschrift, sondern auch als Ergänzung der Beendigungsvorschriften für Besitz ansehen können.

---

[113]) So auch Schliewen, RGRK Anm. 1 zu § 857.

[114]) Gierke, Dtsch. Privatrecht B. II, § 115 Anm. 66. — Nach Binder, a. a. O. S. 51 muß ein de iure erworbener Besitz erlöschen, wenn der Erbe de facto die Möglichkeit, Gewalt über die Sache auszuüben, verliert.

[115]) Gierke, a. a. O.

[116]) So auch Biermann, Anm. 1a zu § 857; a. A. Binder, a. a. O. S. 182 und 183 Anm. 37.

Besonderer Teil.

I. Lassen die praktischen Auswirkungen des § 857 BGB das Bedürfnis nach Beibehaltung dieser Bestimmung erkennen?

Die Frage, ob die Bestimmung des § 857 inhaltlich und nach ihrer Stellung im Gesetz beibehalten werden soll, kann nur geklärt werden, aus einer eingehenden Untersuchung der praktischen Auswirkungen des Erbbesitzes. Nur daraus läßt sich erkennen, ob und welche Aenderungen in zukünftiger Gesetzgebung angebracht sind.

Die Regel des § 857 hat nicht nur für den Erben selbst, sondern auch in gewissem Umfang für die Nachlaßgläubiger Bedeutung.

A. Bestimmungen zum Schutz des Erben.

a) Besitzschutzmittel.

Die nächstliegende Wirkung des Erbbesitzes ist die, daß dem Erben die Besitzschutzmittel zustehen[1]). Es fragt sich, ob hierfür ein Bedürfnis besteht, solange der Erbe die Erbschaft nicht tatsächlich in Besitz genommen hat.

An Besitzschutzmitteln kommen dem Erben zu: ein defensives und ein offensives Selbsthilferecht (§ 859) und ferner drei Rechtshilfeansprüche:

1. der Anspruch auf Wiedereinräumung des Besitzes (§ 861),
2. der Anspruch auf Unterlassung weiterer Besitzstörungen (§ 862) und
3. der Anspruch auf Gestattung von Aufsuchung und Wegschaffung einer aus seinem Besitz auf ein anderes Grundstück gelangten Sache (§ 867).

aa) Das dem Besitzer im weiteren Umfang als nach § 229 zustehende Abwehr- und Wiedereinräumungsrecht des § 859 wird meist nur nach tatsächlicher Besitzergreifung (§ 854) des Nachlasses praktisch werden, da der unmittelbare

[1]) Vgl. Bambach a. a. O. S. 51; Ulich a. a. O. S. 51; Stephan a. a. O. S. 61; Reinach a. a. O. S. 53.

Besitzer eine ihm mittels verbotener Eigenmacht weggenommene bewegliche Sache nur dem von ihm auf frischer Tat betroffenen oder verfolgten Täter wieder abnehmen (§ 859, II) und sich des Besitzes eines ihm durch verbotene Eigenmacht entzogenen Grundstücks durch Entsetzung des Täters nur sofort nach der Entziehung wieder bemächtigen kann. Wegen dieser besonderen Erfordernisse dieser Vorschrift wird für den Erben vor einer tatsächlichen Besitzergreifung die Anwendung des § 859 nur in dem seltenen Falle praktisch werden, wenn er als Erbbesitzer im Begriff, seine Erbschaft tatsächlich anzutreten, gerade zur Verschleppung seines beweglichen Nachlasses oder zum Einzug eines Dritten auf sein ererbtes Grundstück zurechtkommt[2]). Allein wegen des Selbsthilferechtes aus § 859 wäre es also nicht nötig, dem Erben schon vor der tatsächlichen Besitzergreifung die Stellung eines Besitzers zuzuerkennen, weil die allgemeinen Vorschriften eingreifen.

Einen weiteren Schutz gewährt dem Besitzer einer beweglichen Sache der Abholungsanspruch des § 867. Dieser Anspruch ist dann gegeben, wenn eine bewegliche Sache auf ein im Besitz eines anderen befindliches Grundstück gelangt ist, ohne daß der Grundstücksbesitzer verbotene Eigenmacht angewandt oder auch Besitzer dieser Sache geworden ist. Hier werden Besitzklage (§ 861) und Herausgabeklage (§ 985) des etwaigen Eigentümers nicht Platz greifen. Wenn hier der § 867 die einzige Anspruchsgrundlage gegen einen die Herausgabe der Sache verweigernden Grundstücksbesitzer bildet, so wird aber auch dieser Fall es allein nicht rechtfertigen, dem Erben vor der tatsächlichen Ergreifung des Nachlasses die Besitzschutzmittel zu gewähren.

bb) Der Schutz des Besitzes erschöpft sich aber nicht in dem Selbsthilferecht des § 859 und dem Abholungsanspruch des § 867. Vielmehr stehen ihm außerdem die Klagen aus den §§ 861 und 862 zur Seite. Zu prüfen ist deshalb, ob eine Notwendigkeit besteht, dem Erben, der die tatsächliche Gewalt über den Nachlaß noch nicht ausübt, diese Ansprüche zu gewähren.

Zunächst soll untersucht werden, ob der Anspruch aus § 861 dem Erben zugebilligt werden soll. Man könnte auf den Gedanken kommen, daß hierfür eine Notwendigkeit nicht vorliegt, weil dem Erben außer dem petitorischen Anspruch

[2]) Crull a. a. O. S. 46; Ulich a. a. O. S. 52; Reinach a. a. O. S. 53.

aus § 985 ff. die Ansprüche aus §§ 2018 ff. zustehen. Es bleibt daher festzustellen, ob durch die hereditatis petitio derselbe rechtliche Erfolg erzielt wird, den § 861 zu erreichen bestimmt ist.

Die Klage des § 861 BGB ist auf Wiedereinräumung des Besitzes gerichtet. Voraussetzung ist, daß der mittelbare oder unmittelbare Besitz mittels verbotener Eigenmacht entzogen worden ist. Es handelt sich also um einen rein possessorischen Anspruch im Gegensatz zu § 985 BGB. Fraglich könnte die Stellung des § 2018 BGB sein. Ist die hereditatis petitio nur gegeben hinsichtlich der Gegenstände, die im Eigentum des Erblassers gestanden hatten und nun also Eigentum des Erben sind, oder bezieht sich § 2018 auch auf die Sachen, die der Erblasser nur in Besitz hatte?

Die Erbschaftsklage des § 2018 richtet sich gegen den, der etwas aus der Erbschaft erlangt hat. Man könnte hier vermuten, daß „Erbschaft" als Objekt des Erbschaftsanspruchs genau so eng aufzufassen ist, wie „Erbschaft" i. S. des § 1922, die als Vermögen des Erblassers zwar eine Summe von Rechten, nicht aber die „nur besessenen" Sachen umfaßt[3]). Zu dem, was der Erbe auf Grund der Erbschaftsklagen herausverlangen kann, gehört auch das, „was der Erblasser im Besitz oder im Gewahrsam hatte"[4]). Wenn auch im Gegensatz zum ersten Entwurf[5]) im zweiten Entwurf zum BGB und ihm folgend in § 2018 BGB ein Hinweis auf die vom Erblasser nur besessenen Sachen fehlt, so wird man hierin mit der herrschenden Meinung nicht annehmen können, daß hiermit eine sachliche Aenderung beabsichtigt war[6]). Wie die Protokolle und die Denkschrift zum Entwurf sagen, ließ man sich bei der Beibehaltung des dem römischen Recht entstammenden Erbschaftsanspruchs gerade durch den Gedanken leiten, „daß der Erbe auch in Bezug auf die Sachen, welche der Erbe nur im Besitz gehabt habe, geschützt sein müsse"[7]). Der Erbschaftsanspruch umfaßt also auch den Kreis von Sachen, der durch die Besitzentziehungsklage des § 861 getroffen wird.

---

[3]) Vgl. Binder, Rechtsstellung des Erben, S. 51; ihm folgend Albrecht, S. 54.

[4]) R. Leonhard, Der Erbschaftsbesitz, S. 13.

[5]) Vgl. Mot. V, S. 580.

[6]) So auch Binder, a. a. O. S. 50.

[7]) Binder, a. a. O.

Dennoch unterscheiden sich die §§ 861 und 2018 in ihren Voraussetzungen wesentlich. § 2018 enthält nämlich die Einschränkung, daß der Erbe nur das verlangen könne, was der Dritte unter Behauptung eines ihm in Wirklichkeit nicht zukommenden Erbrechts aus der Erbschaft erlangt hat. Diese Bestimmung schließt also alle die Fälle aus, in denen ein Dritter Nachlaßgegenstände an sich gebracht hat, ohne sich als Erbe zu fühlen.

Es ist aber in keiner Weise einzusehen, warum — abgesehen von Deliktsansprüchen — Ansprüche des Erben gegen den Dieb auf Herausgabe einer nur besessenen Sache nicht gegeben sein sollen, während gemäß § 2018 sogar Ansprüche auf Herausgabe einer nur besessenen Sache gegen einen Dritten gegeben sind, der sich selbst für den Erben hält. Allein diese Gegenüberstellung läßt die Notwendigkeit erkennen, auch dem Erben, der noch nicht die Erbschaft in der Hand hält, den Schutz des § 861 zu gewähren.

Neben dem Anspruch auf Wiedereinräumung schon entzogenen Besitzes gewährt das Gesetz in § 862 BGB dem Besitzer einen Anspruch auf Beseitigung gegenwärtiger Störungen des Besitzes und eine Klage auf Unterlassung gegen den in verbotener Eigenmacht handelnden Störer für den Fall, daß weitere Störungen zu besorgen sind.

Dem Erben steht nur, soweit er Eigentum an den Nachlaßsachen hat, zum Schutz gegen verbotene Einwirkungen von dritter Seite vom Erbfall an die actio negatoria § 1004 BGB zur Seite.

Eine Möglichkeit, im Rahmen der Gesamterbschaft auch diejenigen Nachlaßsachen, die der Erblasser nur besessen hat, vor einer möglichen Besitzergreifung gegen fremde Einwirkungen und Beunruhigungen zu schützen, wäre dem Erben nicht gegeben, wenn man ihm nicht die Besitzerstellung und damit die Möglichkeit, von § 862 Gebrauch zu machen, schon im Zeitpunkt des Erbfalls einräumte.

Es ist daher ebenso notwendig, wie billig, es dem Erben durch Zuerkennung der Besitzerstellung zu ermöglichen, seiner Verpflichtung zur Sorge für ihm anvertraute Sachen Dritter nachzukommen.

cc) Diese Notwendigkeit, dem Erben die Besitzschutzmittel zu gewähren, tritt aber auch deutlich hervor, wenn noch vor der tatsächlichen Besitzergreifung durch den Erben sich ein Dritter der Nachlaßsachen für den Erben annimmt und

seinerseits den Besitz ergreift. Treten jetzt Besitzbeeinträchtigungen durch einen Dritten auf, so kann zwar der negotiorum gestor in seiner Person die Besitzschutzmittel geltend machen. Aber auch dem Erben muß billigerweise eingeräumt werden, sich verbotener Besitzentziehung und Besitzstörung zu erwehren. Diese Möglichkeit besteht ebenfalls nur, wenn man dem Erben die Besitzerstellung mit dem Erbfall einräumt. Allerdings verliert der Erbe durch die Besitzergreifung des negotiorum gestor den unmittelbaren Besitz, so daß auf den ersten Blick auch die Besitzschutzmittel verloren zu sein scheinen. Dabei ist aber übersehen, daß die negotiorum gestio ein Besitzmittlungsverhältnis im Sinne des § 868 bildet[8]). Der Erbe würde also im Augenblick der Ergreifung des Nachlasses durch einen negotiorum gestor zum mittelbaren Besitzer, so daß ihm nach § 869 die Klagen aus § 861 und § 862 BGB ebenfalls zuständen. Das hat zur Voraussetzung, daß man ihm schon mit dem Erbfall die Stellung eines Besitzers einräumt.

Dabei ist noch nicht einmal berücksichtigt, daß der Erbe vom Anfang seiner Erbenstellung an die Besitzschutzmittel viel dringender benötigt, als selbst der Erblasser sie je benötigt hätte. Man muß sich vergegenwärtigen, daß der Erbe, dem oftmals die Grundlagen und die Entstehungsgeschichte des Vermögens des Erblassers unbekannt sein werden, keine wirksame rechtliche Handhabe gegen Uebergriffe Dritter hätte, wenn man ihm nicht die Besitzerstellung schon vor Erlangung der tatsächlichen Gewalt einräumte. Er muß in die Lage gesetzt werden, einen aus der Erbschaft entfernten Gegenstand zunächst einmal wieder zurückverlangen zu können, auch ohne Rücksicht darauf, ob ein Recht zum Besitze auf Seiten des Erblassers oder des Erben bewiesen werden kann. Der Erbe kann so die Geltendmachung des angeblichen Gegenanspruchs abwarten, demgegenüber er ja die Stellung des Beklagten einnimmt[9]). Daraus folgt, daß die Zuerkennung der Besitzschutzklagen für den Erben schon vor der Erlangung der tatsächlichen Gewalt auch aus praktischen Gesichtspunkten eine Notwendigkeit darstellt.

Ist damit die Notwendigkeit klargestellt, dem Erben die Besitzschutzmittel zuzuerkennen, so ist noch keineswegs damit gesagt, daß man nun auch dem Erben gleich mit dem Erbfall

[8]) RGZ. 94, 341.

[9]) Vgl. auch Bambach, a. a. O. S. 51.

in vollem Umfang Besitz am Nachlaß einräumen müßte; man könnte nämlich auch bei grundsätzlicher Ablehnung eines Erbbesitzes dem Erben ausnahmsweise die Besitzschutzmittel zusprechen.

Ihre Bestätigung findet diese Feststellung in der Ansicht der zwei Gesetzgebungskommissionen zum BGB. Die erste Kommission lehnte nämlich aus grundsätzlichen Erwägungen eine Vererbung des Besitzes gänzlich ab[10]). Sie konnte sich jedoch den vorstehend wiedergegebenen Erwägungen nicht verschließen und billigte deshalb ausnahmsweise dem Erben gleich vom Erbfall an die Besitzschutzmittel in der gleichen Form zu, „wie wenn der Erbe mit dem Erbfall Besitzer oder Inhaber geworden wäre"[11]). Die zweite Kommission aber begründet in der Denkschrift zum BGB[12]) für den Reichstag die Einführung des Grundsatzes der Besitzvererbung folgendermaßen: „Nur durch die Anerkennung des deutschrechtlichen Grundsatzes wird eine einfache, den Bedürfnissen des Lebens und der Rechtssicherheit entsprechende Gestaltung des Besitzverhältnisses und des Besitzschutzes nach dem Tode des Besitzers erreicht. Insbesondere bedarf es dann keiner Sonderbestimmungen, um den Nachlaß in der Zeit zwischen dem Tode des Besitzers und der Besitzergreifung der zu dem Nachlasse gehörenden Sachen durch den Erben gegen Eingriffe Dritter sicher zu stellen."

Hieraus ergibt sich, daß die Frage, ob in Zukunft die Regelung des BGB beibehalten werden soll, nicht allein aus der Betrachtung des Besitzschutzrechtes entschieden werden kann. Notwendig ist vielmehr eine Betrachtung der weitergehenden rechtlichen Wirkungen, die die Zuerkennung eines allgemeinen Erbbesitzes mit sich bringen.

b) Die Fahrnisklage aus früherem Besitz.

Für den Rückerwerb von aus dem Nachlaß entnommenen beweglichen Sachen steht dem Erben nach der heutigen Rechtslage neben der possessorischen Klage des § 861 auch die petitorische Klage aus früherem Besitz, die alte deutsche Fahrnisklage, zur Seite (§ 1007 BGB). Es ist dies die Klage des gutgläubigen früheren Besitzers gegen den schlechter berechtigten jetzigen Besitzer.

---

[10]) Mot. III, S. 101, f. o. S. 15 ff.

[11]) § 2054 E. I.

[12]) Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, ergänzt von Jäntsch, S. 117.

Voraussetzung des § 1007 ist ein **gutgläubiger** Besitzerwerb auf Seiten des früheren Besitzers (§ 1007, III). Es ist nun zweifelhaft, ob als „früherer Besitzer" der Erbe oder bereits der Erblasser anzusehen ist. Die Fassung des § 857 BGB, wonach der Besitz auf den Erben „übergeht", scheint darauf hinzudeuten, daß der Erbe nur dieselbe Besitzstellung des Erblassers fortführt und also unter „Erwerb des Besitzes" nach § 1007, III nur der Zeitpunkt des Erwerbes durch den Erblasser verstanden werden kann. Um das Ergebnis vorwegzunehmen: Maßgebender Zeitpunkt ist die Erwerbszeit des Erblassers. Jedoch kann dieses Ergebnis nicht mit der angedeuteten Begründung gefunden werden. Wie bereits anfangs dargelegt, ist § 857 nicht so zu verstehen, daß der Erbe genau denselben Besitz des Erblassers erlangt. Vielmehr erlischt der Besitz des Erblassers, und es entsteht neuer Besitz des Erben mit dem Todesfall. Die Worte „geht über" bedeuten aber, daß der Erbe die nämliche Besitzer*stellung* erlangt, die der Erblasser hatte. Er soll sozusagen die Rechtsstellung des Erblassers fortführen. Wenn dem Erben ein Anspruch aus Besitz zugebilligt wird, so geschieht dies, weil der Erblasser denselben Anspruch im Erlebensfalle gehabt hätte. Daraus folgt, daß maßgebender Zeitpunkt tatsächlich nur der Erwerb des Erblassers ist, wenn sich auch durch den Erbfall nochmals ein Besitz„erwerb" in der Hand des Erben vollzieht. Hierdurch wird für diesen ein Anspruch aus § 1007 begründet, der beim Erblasser noch nicht bestanden hatte. Hatte z. B. A den Erblasser bestohlen und B dem A nach dem Erbfall die Sache weggenommen, so kann der Erbe sich auf § 1007 berufen.

Werden solche Sachen entnommen, so ist die Klage des früheren Besitzers gegen den augenblicklichen Besitzer gegeben, der seinerseits beim Besitzerwerb bösgläubig war. Wenn die Sache dem früheren Besitzer gestohlen wurde, abhanden gekommen oder verloren gegangen war, ist die Klage **auch dem** gutgläubigen Besitzer gegenüber gegeben, vorausgesetzt, daß dieser nicht Eigentümer der Sache ist[13]). Der Kreis derjenigen, von denen die Sache herausverlangt werden kann, ist also weiter als der nach § 861, da sich die Klage des § 1007 nicht nur gegen denjenigen richtet, der gemäß § 858, II fehlerhaft besitzt[14]). Gegenüber der Klage aus § 861 hat die Klage aus

[13]) Vgl. auch Stephan S. 62; Ulich S. 57; Rosenthal S. 35.

[14]) Ulich S. 57.

§ 1007 BGB auch den Vorteil, daß ihre Geltendmachung über die Frist des § 864 hinaus einer Verjährungsfrist von 30 Jahren unterliegt[15]). Während die Klage des § 861 auf Wiedereinräumung des entzogenen Besitzes wegen ihres possessorischen Charakters der vorläufigen Wiederherstellung des Rechtsfriedens dient, dient die Klage aus früherem Besitz der endgültigen Regelung der Besitzverhältnisse. Dies geht auch daraus hervor, daß das Ziel der Klage nicht nur Herausgabe der Sache, sondern auch Herausgabe der Nutzungen und Ersatz etwaigen Schadens ist.

Eingeschränkt wird der Wirkungsbereich der Klage aus § 1007 dadurch, daß sie nur dem zum Besitz berechtigten früheren Besitzer gegeben ist.

Praktisch wird sie in allen Fällen, in denen der Besitzer nicht aus seinem Recht klagen kann. Aber auch neben den Klagen aus dem Recht wird die Klage aus § 1007 BGB Vorteile für den Kläger bringen. Ist der Erbe nach § 1922 BGB Eigentümer, wird er heute für seine Klage aus § 985 BGB infolge der Rechtsvermutungen, die sich aus seinem Besitz nach § 857 vom Erbfall an ergeben, wohl nicht mehr für seine Klage zu beweisen haben, als bei einer Klage aus § 1007 BGB. Ein Vorteil aber ergibt sich daraus, daß der Beklagte seinen Einwand, der Erbe sei nicht Eigentümer, im Gegensatz zum Eigentumsprozeß nicht erbringen darf. Gerade dieser letzte Grund zeigt, von welcher Bedeutung der § 1007 für den Erben ist, der sich häufig in den Eigentumsverhältnissen des Erblassers nicht auskennen wird. Es gelten hier die nämlichen Gründe zugunsten des Erben, die schon zur Zuerkennung der §§ 861 ff. für den Erben geführt haben.

Wollte man also dem Erben die Klage aus § 1007 nicht zuerkennen, würde eine fühlbare Lücke zu Ungunsten des Erben und zu keinem schutzwürdigen Vorteil entstehen.

c) Klage wegen ungerechtfertigter Bereicherung.

In gleicher Weise dient unter der Voraussetzung früheren Besitzes die condictio possessionis der Wiedererlangung des Besitzes.

Auch wenn die Frist aus § 864 BGB zur Erhebung der Besitzschutzklagen erloschen ist, steht dem früheren Besitzer noch der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung zu, der einer 30jährigen Verjährungsfrist unterliegt. Voraussetzung für diese Klage ist, daß der Besitz vom Klagegegner

[15]) Vgl. Bambach S. 53; Rosenthal S. 35.

ohne rechtlichen Grund erlangt ist. Die Klage ist nur dann gegeben, wenn der Beklagte um den Besitz noch bereichert ist. Auch diese Klage steht dem vom Erbfall an besitzenden Erben zu und bildet neben den Besitzschutzklagen, besonders aber neben den Klagen aus dem Recht ein wirksames Mittel, um eine aus Erbenbesitz entwendete Sache wieder in Besitz des Erben zu bringen. Entsprechendes gilt bei § 816 I, S. 2 BGB im Falle einer unentgeltlichen Verfügung gegenüber dem Dritterwerber.

Wenn auch nicht rechtlich, so stellen sich doch wirtschaftlich auch die Ansprüche aus der condictio possessonis als eine Art Besitzschutzmittel dar. Es besteht deshalb aus den bereits mehrfach angegebenen Gründen eine Notwendigkeit, dem Erben auch in Zukunft Besitz schon mit dem Zeitpunkt des Erbfalles zuzuerkennen.

d) Schadensersatzklagen.

Wenn durch die Besitzstörung im Sinne der §§ 861, 862 BGB dem Besitzer vorsätzlich oder fahrlässig ein Schaden zugefügt wird, so können zwar mit den §§ 861 f. BGB Ansprüche auf Ersatz dieses Schadens nicht gestellt werden. Eine vorsätzliche oder fahrlässige Besitzentziehung oder Besitzstörung im Sinne dieser Bestimmungen bedeutet aber die Verletzung eines Schutzgesetzes nach § 823 II und nach dieser Vorschrift kann der Besitzer einen selbständigen Anspruch auf Ersatz dieses Schadens gegen die eigenmächtigen Störer geltend machen.

Der gleiche Anspruch steht dem Besitzer im Falle einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Besitzstörung nach § 823 I BGB zu. Die Natur des Besitzes als Recht ist zwar durchaus umstritten. Unstreitig ist aber heute soviel, daß der Besitz im Sinne des § 823, I gleich einem ausschließlichen Rechte gegenüber jedermann geschützt wird und also als „sonstiges Recht" anzusehen ist[16]).

Eine Einschränkung finden jedoch die Ansprüche auf Schadensersatz durch die Haftungsbeschränkung des gutgläubigen Erbschaftsbesitzers. Der Erbschaftsbesitzer, „der einen Erbschaftsgegenstand durch eine strafbare Handlung oder eine zur Erbschaft gehörende Sache durch verbotene Eigenmacht erlangt", haftet zwar „nach den Vorschriften über den

[16]) Vgl. Kober, Vorbem. 10 zu § 857 S. 19.

Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen“[17]). Solange der Erbe jedoch den Besitz an den Nachlaßgegenständen noch nicht ergriffen hat, ist die Haftung des gutgläubigen Erbschaftsbesitzers auf „Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung“ bei verbotener Eigenmacht gemäß § 2025 S. 2 BGB ausgeschlossen.

Man wird verleitet sein, diese Stelle des Gesetzes als Beweis dafür anzusehen, daß das Gesetz einen Unterschied in den Auswirkungen des Besitzes nach § 857 und § 854 macht. Die Protokolle[18]) geben Klarheit über die Absicht des Gesetzgebers. Nach ihnen handelt es sich nicht darum, „den gesetzlichen Besitz der Erben abzuschwächen, sondern um die Frage, ob nicht die Verschuldung eine geringere sei, wenn der Erbschaftsbesitzer bei Prüfung der Frage, wer Erbe sei, ein Versehen begehe, als wenn jemand den tatsächlichen Besitz in schuldhafter Weise verletzt. Ob sich eine Sache tatsächlich in fremdem Besitz befände, sei regelmäßig leicht zu übersehen. Dagegen könne die Entscheidung, wer Erbe sei, von einer Reihe verwickelter und schwer übersehbarer Umstände abhängig sein“. Es sollte hier das Maß des Verschuldens für den gutgläubigen Erbschaftsbesitzer festgestellt werden.

Es sind also etwaige Unbilligkeiten, die durch die Zuerkennung der erweiterten Besitzerstellung an den Erben entstehen können, bereits vom Gesetz berücksichtigt. Man müßte deshalb darauf bedacht sein, bei einer Uebernahme der Bestimmung über den Erbbesitz in eine künftige Rechtsordnung auch eine entsprechende Bestimmung, wie sie § 2025 S. 2 BGB enthielt, einzuführen.

e) Eigentumsvermutung.

Eine weitere Folge des Besitzes ist seine Eigenschaft als „Rechtszeichen für das Recht an der Fahrnis wie die Eintragung in das Grundbuch für das Recht an Grundstücken. Beide geben eine formale Legitimation, die sich auf die Erfahrung stützt, daß Besitz und Eintragung regelmäßig den Rückschluß auf das Recht zur Herrschaft begründen[19]). Von den verschiedenen gesetzlichen Rechtsvermutungen, die auf den Besitztatbestand gegründet sind, ist, wenn es sich um die Vorteile des Erbbesitzes handelt, nur die Eigentumsvermutung des § 1006 BGB für bewegliche Sachen zu nen-

[17]) § 2025 BGB.

[18]) V, 721/22.

nen. Diese bringt dem Nachlaßsachen besitzenden Erben[20]) auch vor einer tatsächlichen Besitzergreifung im Verhältnis von Eigentümer zu Besitzer verschiedene Vorteile.

Die Bedeutung der Eigentumsvermutung des § 1006 liegt für den Besitzer beweglicher Sachen darin, daß zu seinen Gunsten die sonst geltenden allgemeinen Grundsätze über Behauptungs- und Beweislast verändert sind[21]).

Als Erbbesitzer nach § 857 BGB ist der Erbe vom Erbfall an passiv legitimiert gegenüber Eigentumsklagen auf Herausgabe von Nachlaßsachen[22]). Ueber die Vorteile, die der Beklagte hinsichtlich der Beweislast in einem Prozeß genießt, hat der Erbe als Beklagter in einem Eigentumsprozeß als Besitzer nach § 1006 Abs. I noch den Vorteil, von vornherein solange als Eigentümer zu gelten, bis ihm vom Gegner sein mangelndes Eigentum nachgewiesen wird.

In einem Prozeß, den der Erbe als Eigentümer auf Herausgabe einer aus dem Nachlaß entwendeten Sache anstrengen will, würde ihm häufig, wie in anderem Zusammenhang schon erwähnt wurde, der Nachweis seines Rechtes schwer fallen. Die Vermutung des § 1006 Abs. I kann für den Erben nicht Platz greifen, da das Eigentum nur für die Zeit des Besitzes vermutet wird, der Erbe aber als Kläger ja gerade nicht mehr Besitzer ist, sondern das Eigentum vielmehr auf Seiten des Beklagten als nachgewiesen gilt, falls dieser Besitz aufweist. Nach § 1006 Abs. I Satz 2 gilt diese Vermutung aber nicht für den Beklagten, falls der Täter nachweisen kann, daß ihm die Sache abhanden gekommen ist. Gelingt dem Kläger dieser Nachweis, so greift die Vermutung des § 1006 Abs. II ein und kehrt so die Beweislast um. In diesem Falle wird „die Vermutung zugleich zu einer solchen für gegenwärtiges oder doch über die Besitzzeit hinaus vorhanden gewesenes Eigentum, sofern nicht der Gegner sie durch den Nachweis eines noch früheren Besitzwechsels beseitigt“[23]).

---

19) Endemann, Sachenrecht § 41, 1, S. 223.

20) Für § 985 „in Eigenbesitz“, so Endemann a. a. O., S. 224; Kober Anm. 5 zu § 1006.

21) So auch Brodmann, Anm. 1 zu § 1006.

22) Ueber die Passivlegitimation des Erbbesitzes als Nachteil für diesen und Vorteil für den Verkehr, Vgl. S. 59 ff.

23) Kober, Anm. 2 zu § 1006 und Anm. 1 a β zu § 985 BGB; Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem BGB, S. 27; Endemann a. a. O. § 41,2 b S. 226.

Die Eigentumsvermutung des § 1006 hat für den Erben auch noch in anderer Beziehung Bedeutung, z. B. bei der actio negatoria § 1004 BGB sowie bei dem Anspruch des Eigentümers auf Gestattung von Aufsuchen und Wegschaffen von Sachen auf fremden Grundstücken (§ 1005 BGB). Ueberall da sind die Eigentumsvermutungen auch für den Erbbesitzer von Wichtigkeit, wo ein Anspruch auf Eigentum einer beweglichen Sache gestützt wird, so z. B. bei Ansprüchen aus unerlaubter Handlung (§§ 823, 826 BGB) sowie aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 BGB), so auch die Ansprüche des Eigentümers gegen den Pfandgläubiger und Nießbraucher auf Geltendmachung seiner Rechte[24]).

Für die Fahrnisklage aus § 1007 BGB greifen die Vermutungen des § 1006 nicht Platz[25]).

Gerade die Eigentumsvermutung mit ihrer weitreichenden Bedeutung muß dem Erben ermöglicht werden, da er sonst häufig seinen Ansprüchen nicht die erforderliche Beweisstütze geben könnte und abgewiesen werden müßte. Dies ist wieder ein Grund mehr für die Beibehaltung des Erbbesitzes in zukünftiger Rechtsordnung.

f) Eigentumserwerb des Erben durch Ersitzung.

Von Bedeutung für den Erben ist der § 857 auch als Tatbestandsmerkmal für einen Eigentumserwerb durch Ersitzung an dem Erblasser nicht gehörenden Sachen. Ob diese Tatsache eine Uebernahme des § 857 in eine künftige Rechtsordnung rechtfertigt, hängt von dem Ergebnis einer Untersuchung mehrerer Einzelfragen ab, inwieweit der § 857 eine Ersitzung des Eigentums an den Nachlaßsachen durch den Erben beeinflußt.

Bei beweglichen Sachen ist nach § 937 ein Eigentumserwerb durch Ersitzung dann möglich, wenn der Ersitzende die Sache zehn Jahre lang in Eigenbesitz (§ 872) hat. Ausgeschlossen ist die Ersitzung jedoch dann, „wenn der Erwerber bei dem Erwerb des Eigenbesitzes nicht im guten Glauben ist oder wenn er später erfährt, daß ihm das Eigentum nicht zusteht“[26]). Daß der Erbe nach zehnjährigem Eigenbesitz Eigentum an einer beweglichen Sache ersitzen kann, bedarf danach keiner Begründung. Fraglich ist die Rechtslage, wenn

---

[24]) Kober Anm. 8 zu § 1006; Brodmann Anm. 6 zu § 1006.

[25]) Kober Anm. 8 zu § 1006 und Anm. 5 zu § 1007.

[26]) § 937 BGB.

schon der Erblasser eine gewisse Zeit hindurch Eigenbesitz innegehabt hat. Einig ist man sich insoweit, daß der Erbe sich auf jeden Fall diese Zeit anrechnen könne und also nur eine entsprechend kürzere Ersitzungszeit benötige. Zweifelhaft ist nur, wann und unter welchen Voraussetzungen sich der Erwerb beim Erben vollzieht. Während nach der einen Auffassung der Erbe zwar eine neue Ersitzung unter Erfüllung sämtlicher Voraussetzungen des § 937 beginne, allerdings unter entsprechender Abkürzung der Ersitzungszeit, ist nach der anderen Auffassung kein Neubeginn einer Ersitzung beim Erben anzunehmen, sondern lediglich die Fortführung der nämlichen Ersitzungslage des Erblassers. Dabei handelt es sich nicht nur um einen unfruchtbaren Streit um Worte, sondern an diese beiden Ansichten knüpfen sich bedeutende praktische Folgerungen.

Die zuerst genannte Auffassung[27]) stützt sich auf § 943 BGB, indem sie geltend macht, daß sich auch der Erbfall als Fall der Rechtsnachfolge darstelle, sodaß einer Anwendbarkeit des § 943 BGB nichts im Wege stehe. Die praktische Folge ist, daß der Erbe nochmals die Voraussetzungen des § 937 BGB erfüllen müsse, obwohl diese auch schon einmal beim Erblasser gegeben sein mußten. Der gute Glaube ist also in der Person des Erben nicht nur bei positiver Kenntnis von der Mangelhaftigkeit des Rechtes ausgeschlossen, sondern auch schon bei grob fahrlässiger Unkenntnis (§ 932, II)[28]) [29]).

Im Gegensatz zu dieser Auffassung stehen andere Schriftsteller[30]) auf dem Standpunkt, der § 943 finde nur für Fälle

---

[27]) Kipp bei Windscheid, Lehrb. d. Pandekt. R. I, S. 939; Kober, Anm. I zu § 943; Schliewen im RGRK. Anm. 1 zu § 943; Biermann, Anm. 1 § 943.

[28]) Kipp a. a. O.: „Der Rechtsnachfolger ersitzt aber nur, wenn er bei seinem Besitzerwerb weder weiß, daß er nicht Eigentümer geworden ist, noch sein Nichtwissen auf grober Fahrlässigkeit beruht; die beiden Personen werden keineswegs für eine gerechnet, so daß der böse Glaube des Nachfolgers nur als mala fides superseniens in Frage käme und deshalb nur das Wissen, nicht auch die grobe Fahrlässigkeit des Nachfolgers die Ersitzung ausschlösse". Vgl Kober, Anm. zu § 943. — Ueber den Zeitpunkt des Erfordernisses der Gutgläubigkeit beim Erben, der vom Erbfall keine Ahnung hat, vgl. Kipp a. a. O., S. 939 f., dem man aber nicht wird folgen können.

[29]) Binder a. a. O., S. 41: „Fahrlässige Unkenntnis ist mithin nichts anderes als die „nimia securitas" des römischen Rechtes und wäre richtiger als „Leichtsinnigkeit" zu bezeichnen".

[30]) Binder a. a. O., S. 40 ff.; Kretzschmar, Anm. 2 zu § 943; Gierke, Deutsch. Priv. R. Bd. II, § 135, II, 3a, Anm. 16; Crull a. a. O., S. 48 f.; Bambach a. a. O., S 49; Reinach a. a. O., S. 55; Rosenthal, S. 55; Graf Wartensleben a. a. O., S. 43.

einer Sondernachfolge in den Besitz Anwendung. Für den Fall der Gesamtnachfolge in den Besitz durch Erbgang werde die vom Erblasser begonnene Ersitzungslage schon durch § 857 BGB übertragen. Der successio in possessionem, der Rechtsnachfolge in den Besitz, entspreche also beim Erbgang die successio in usucapionem, die Rechtsnachfolge in den Ersitzungsbesitz des Erblassers[31]).

Man wird aus den bekannten Gründen in § 857 BGB nicht eine Rechtsnachfolge des Erben in den gleichen Besitz des Erblassers wie z. B. in das Eigentum erblicken können. Der Erbe erwirbt aber nach § 857 auf Grund seines Erbrechts die gleiche Besitzstellung, die der Erblasser auf Grund seiner Sachherrschaft zu den einzelnen Nachlaßsachen hatte. Man wird deshalb zu dem gleichen Ergebnis wie die genannten Schriftsteller gelangen müssen. *Erblasser und Erbe sind hinsichtlich der praktischen Auswirkungen ihres Besitzes an den Nachlaßsachen als eine Person anzusehen.* Der „Besitzerwerb" des § 857 BGB bedeutet also keinen Besitzerwerb im Sinne des § 937 BGB. Unter diese Bestimmung fällt lediglich der Erwerb körperlichen Besitzes nach § 854, I und II. Die Voraussetzungen des § 937, II hinsichtlich des guten Glaubens müssen also lediglich in der Person des Erblassers bei seiner Besitzergreifung vorhanden sein. Lagen diese Voraussetzungen vor und hat der Erblasser auch später nicht den Mangel seines Eigentums erfahren, so schadet auch dem Erben nur mala fides superveniens[32]), d. h. die positive Kenntnis, daß ihm das Eigentum nicht zustehe, nicht dagegen schon leichtsinnige Unkenntnis[33]). Bei dem regelmäßigen, dem körperlichen Be-

[31]) Vgl. Mot. III, S. 353; „Die Ersitzungslage ist, wenn auch kein erworbenes Recht, doch eine Rechtsposition, welche ebenso wie das Eigentum im Wege der Singular- und Universalsuccession übertragen wird". Vgl. hierzu Planck-Brodmann Anm. 2 zu § 943

[32]) Diese liegt dann vor, wenn der Erbbesitzer mit dem Erbfall selbst von dem mangelnden Eigentum erfährt, als auch dann, wenn der von dem Erbschaftsanfall an ihn nichts ahnende Erbe genau weiß, daß eine im gutgläubigen Eigenbesitz des Erblassers befindliche Nachlaßsache diesem nicht gehört. Wie beim körperlichen Besitz ist auch beim Erbbesitz Ersitzung trotz Kenntnis des mangelnden Eigentum nicht möglich. Sonst würde eine Besserstellung des Erbbesitzers gegenüber dem körperlichen Besitzer entstehen, die der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann. Vgl. Planck-Brodmann Anm. 2 zu § 943.

[33]) Vgl. Gierke, Deutsch. Priv. R., Bd. II, § 135, 3c, Anm. 16; Binder a. a. O., S. 40 f.; Eck, Vorträge zum BGB, Bd. II, S. 128; Kretzschmar, Anm. 2 zu § 943; Crull a. a O., S. 48 f.; Bambach a. a. O., S. 49 Rosenthal a. a. O., S. 35: Reinach a. a O., S, 55.

sitzerwerb, wird man es für richtig halten müssen, daß der Erwerber nicht nur sein Wissen um das mangelnde Eigentum seines Vorgängers vertreten muß, sondern sich auch beim Besitzerwerb darum kümmern muß. „Aber man kann dem Erben, der von dem Erbfall vielleicht gar nichts weiß, unmöglich einen Vorwurf daraus machen, daß er sich in diesem Moment nicht darum gekümmert hat, welche Sachen vorhanden sind und wem sie gehören“[34]). Es wäre daher nicht einzusehen, warum gerade den Erbbesitzer eine strengere Haftung treffen sollte, als den Erblasser, der den Besitz in den meisten Fällen längere Zeit ausgeübt haben und mehr Gelegenheit gehabt haben wird, sich um die Rechtsverhältnisse der von ihm besessenen Sache zu kümmern. Hieraus ergibt sich, daß der zuletzt genannten Auffassung der Vorzug vor der Anwendung des § 943 BGB zu geben ist. Gleichzeitig ist damit ein unbefriedigendes Ergebnis umgangen, zu dem die andere Meinung kommen muß. Mit der hier vertretenen Ansicht setzt sich nämlich die Ersitzungslage beim Erben auch dann fort, wenn der Erbe von dem Erbanfall noch keine Kenntnis hat, während die gegenteilige Auffassung bei folgerichtiger Durchführung ihres Gedankenganges zu einem anderen Ergebnis kommen müßte.

Wird der Eigenbesitz des Erben bald nach dem Anfall der Erbschaft verloren, so wird die Ersitzung unterbrochen, es sei denn, daß die Voraussetzungen des § 940 oder 944 BGB vorliegen. Gerade auf Grund der letzten Vorschrift, die dem wahren Erben auch die bei einem Erbschaftsbesitzer verstrichene Ersitzungszeit zurechnet, obwohl die allgemein hierzu erforderlichen Voraussetzungen fehlen, gewährt das Gesetz dem Erben einen großen Vorteil[35]).

Es wird sich auch öfter der Fall ergeben, daß der Erblasser keinen Ersitzungsbesitz hatte. Hier fragt es sich, ob der § 857 BGB in solchen Fällen die Möglichkeit für den Erben, selbständig zu ersitzen, offen läßt. Zweifelhaft ist, wann der

---

[34]) Planck-Brodmann, Anm. 2 zu § 943. — Nach Binder a. a. O. und ihm folgend Albrecht a. a. O., S. 55, kann den Erbbesitzer, der den Besitz unabhängig von seinem Willen erwirbt, auch „keine Willensschuld in Gestalt einer fahrlässigen Unkenntnis des rechtlichen Mangels im Augenblick des Besitzerwerbs“ treffen (Albrecht a. a. O.).

[35]) Vgl. Maenner, Sachenrecht S. 174; Wolf, S. R. § 71, I, 3 b; Kober Anm. 4 zu § 943; Biermann, Anm. 1 zu § 943; Gierke, Deutsch. Priv. R Bd. II, S. 580; Planck-Brodmann, Anm. 2 zu § 943; Eck a. a. O., Bd. II S. 129; Bambach a. a. O., S. 50; Rosenthal a. a. O., S. 36.

Erbe die Ersitzung z. B. an einem im Nachlaß befindlichen, einer Mietbücherei gehörigen Buche beginnen kann, wenn der Erblasser entweder das Buch trotz Kenntnis seines mangelnden Eigentums als ihm gehörend besaß, oder aber, wenn der Erblasser das Buch nur zur Miete hatte.

Es wird die Auffassung vertreten, daß es dem gutgläubigen Erben mit dem Erbfall möglich sei, die Ersitzung an einer Sache zu beginnen, die der Erblasser unredlicherweise zu eigen besessen[36]), und auch eine Sache, die der Erblasser als fremde z. B. zur Miete besessen[37]) hatte. Demgegenüber wird betont, daß der Erbe eines Fremdbesitzers während der Dauer unbewußten Erbbesitzes so lange keine Ersitzung beginnen könne, bis er gutgläubig den Eigenbesitzwillen fasse[38]).

Im Anschluß an die letzte Meinung muß darauf hingewiesen werden, daß infolge der dem § 857 eigenen Wirkung als „Erwerber" des Besitzes im Sinne des § 937 nur der Erblasser zu verstehen ist. Die Eigenschaften seines Besitzes hat auch der mit dem Erbfall an den Nachlaßsachen nach § 857 begründete Besitz des Erben. Die für den Besitzerwerb des § 937 für den Beginn einer Ersitzung vorgeschriebenen Voraussetzungen: Eigenbesitz und guter Glaube richten sich daher erst dann nach der Person des Erben, wenn dieser Besitz im Sinne des § 937, also nach § 854, I erworben hat. In diesem Zeitpunkt der tatsächlichen Besitzergreifung erst kann der Erbe trotz vorheriger Gutgläubigkeit und vorhandenen vorherigen Eigenbesitzwillens eine selbständige Ersitzung beginnen[39]).

In den zuletzt behandelten Fällen hat also die Regelung des § 857 keine Bedeutung. Anders liegt es jedoch bei der Fortsetzung der vom Erblasser begonnenen Ersitzungslage. Hierzu ist die Bestimmung des § 857 von größerer Bedeutung, als man angesichts der scheinbaren Bedeutungslosigkeit der Einrichtung der Ersitzung annehmen möchte. Dement-

---

[36]) Gierke, Deutsch. Priv. R. Bd. II, § 135 S. 580; Strohal, Erb. § 63, S. 333.

[37]) Nach Gierke a. a. O., § 135 S. 580 muß der Erbe bei Sukzession im Lehnsbesitz, „den er für Eigenbesitz hielt, erst eine Besitzentschädigung vornehmen".

[38]) Ulich a. a. O., S. 50; Bambach S. 50; Rosenthal a. a. O., S. 36.

[39]) Im Ergebnis übereinstimmend: Kober Anm. 4 zu § 943; Biermann, Anm. 1 zu § 943; Planck-Brodmann, Anm. 2 zu § 943; Graf v. Wartensleben a. a. O., S. 43.

sprechend hatten das römische Recht ebenso wie das gemeine Recht und die Entwürfe zum BGB[40]) trotz grundsätzlicher Ablehnung des Erbbesitzes in Fragen der Ersitzung den Erben so behandelt, als wenn er den Besitz des Erblassers mit dem Erbfall erworben hätte[41]). Darüber hinaus aber erklärte die zweite Kommission für den Entwurf des BGB ausdrücklich[42]), daß der damalige Rechtsverkehr mit einer Regelung des Erbbesitzes nur für die Ersitzung nicht auskommen könne. Diese Feststellung ist für die heutige Rechtslage und ihre Notwendigkeiten nur bestätigt worden. Inwieweit aber eine Beibehaltung des Grundsatzes des Erbbesitzes in einem neuen „bürgerlichen" Recht gerechtfertigt erscheint, können erst weitere Untersuchungen zeigen.

g) Schutz des nachgelassenen Vermögens durch § 268 BGB.

Der § 268 BGB gewährt dem Besitzer einer Sache dadurch Schutz, daß er ihm das Recht gibt, sich bei einer der Sache drohenden Zwangsvollstreckung den Besitz an dieser Sache zu erhalten. Auf Grund des § 857 in Verbindung mit § 268 kommt der Erbe, der aus irgendwelchen Gründen nicht rechtzeitig den Besitz ergreifen kann, in die Lage, sich gegen den sein ererbtes Vermögen bedrohenden Verlust der Sache zu schützen. Es wäre daher billig, wenn auch im künftigen Recht das dem Erben ermöglicht würde.

h) § 771 ZPO und § 43 KO als Schutzvorschriften zur Erhaltung des Besitzes.

Die Klage des § 771 ZPO gibt jedem, der ein die Zwangsvollstreckung hinderndes Recht an einem Gegenstande hat, das Recht, von diesem die Zwangsvollstreckung durch Widerspruch abzuwenden. Ein solches „Recht" ist nach herrschender Meinung auch der Besitz. Wenn es auch beim Erben nicht allzu häufig vorkommen dürfte, daß er sich auf Grund seines bloßen Erbbesitzes auf § 771 ZPO berufen wird, so zeigt doch auch dieser Fall die Notwendigkeit, eine der Bestimmung des § 857 BGB entsprechende Regelung in einer künftigen Rechtsordnung beizubehalten.

Entsprechendes gilt für die Aussonderung im Konkurse nach § 43 KO.

---

[40]) Entw. I, § 882; E. II, § 858.

[41]) Vgl. hierzu Kober, Anm. 4 zu § 943.

[42]) Prot. V, S. 651.

i) Vorteile des Erwerbs der Früchte von Sachen durch den Besitzer §§ 987 ff. BGB und Ansprüche des Besitzers auf Ersatz von Verwendungen an Sachen § 994 BGB.

Weitere Vorteile ergeben sich aus der Zuerkennung des Besitzes für den Erben im Verhältnis eines Besitzers zum Eigentümer.

Der Erbe darf die Früchte auch von solchen Sachen, die er lediglich nach § 857 in Besitz hat, gemäß § 987 behalten, vorausgesetzt, daß er von einem etwaigen Mangel in seinem Recht keine Kenntnis hat, oder der Herausgabeanspruch des Eigentümers nicht rechtshängig geworden ist.

Die entsprechende Regelung gilt für den Fall des Schadensersatzes wegen Verschlechterung, Untergangs oder auf andere Weise herbeigeführter Unmöglichkeit der Herausgabe (§§ 989 und 990 BGB).

Der Erbe hat auch Anspruch auf Ersatz für die während der Zeit reinen Erbbesitzes an einer Nachlaßsache gemachten Verwendungen gegenüber dem Eigentümer der von ihm besessenen Sache (§§ 994 ff. BGB).

Diese wechselseitigen Beziehungen zwischen dem unmittelbaren Besitzer einer Sache und dem Eigentümer werden auch in zukünftiger Rechtsordnung billigerweise beizubehalten sein, und zwar auch gerade für den Fall des bloßen Erbenbesitzes.

k) Ausschluß gutgläubigen Eigentumerwerbs an entwendeten Nachlaßsachen durch Dritte.

Bisher ist gezeigt worden, wie wichtig die Besitzschutzmittel für den Erben vom Erbfall an zu einer schnellen Regelung und Klarstellung der Besitzverhältnisse an dem Nachlaßvermögen sind. Es ist auch dargelegt worden, welche Vorteile für Erhaltung und Festigung des ererbten Vermögens dem Erben die Zuerkennung der Besitzerstellung mit dem Tode des Erblassers bringt. Die größte Bedeutung für den Rechtsschutz des Erben kommt jedoch der Bestimmung des § 857 BGB in Verbindung mit § 935 BGB zu. Da diese Bestimmung den Schutz des Eigentümers gegen den gutgläubigen derivativen Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten bezweckt und somit eine Ausnahme von der Vorschrift des § 932 BGB bedeutet, ist es nötig, auf diese wichtige Grundregel des Gutglaubenschutzes im BGB kurz einzugehen.

Aus der Bestimmung des § 932 BGB wird die große Bedeutung klar, die das Gesetz an den Tatbestand des Be-

sitzes als „Rechtszeichen" knüpft. Durch derivativen Erwerb geht auch Eigentum vom Nichteigentümer über, wenn dieser nur Besitzer ist und der Erwerber von dem Mangel des Rechts in der Person des Veräußerers nichts weiß und auch nichts wissen kann. Daß diese Gesetzesbestimmung auf den Grundsatz mittelalterlicher Stadtrechte „Hand muß Hand wahren", der sich wieder aus alten deutschen Rechtssätzen entwickelt hatte, zurückgeht, wird aus den folgenden Ausführungen[43]) klar. „Wer freiwillig seine Sache aus der Hand gibt, kann sich nur an seinen Vertrauensmann halten; er soll seinen Glauben da suchen, wo er ihn gelassen hat; eine Vindikation steht dem Eigentümer in solchem Fall überhaupt nicht zu. Als Rückwirkung aus der Versagung der Vindikation ergibt sich positiv für den Erwerber die unangreifbare Stellung eines Eigentümers. Damit war die Grundlage für den Rechtssatz geschaffen, daß rechtlicher Erwerb auch vom Nichteigentümer Eigentum verschafft, sofern der Eigentümer die Sache dem Veräußerer anvertraut hatte."

Aus dem letzten Satz folgt aber, daß dann der Grund gutgläubigen Eigentumserwerbs fortfällt, wenn die Sache dem wahren Eigentümer ohne seinen Willen fortkommt. Diese Erkenntnis ist niedergelegt in der Bestimmung des § 935 BGB. Danach versagt für den Eigentumsübergang die Legitimationskraft des Veräußererbesitzes und der wahre Eigentümer wird gegen jeden noch so gutgläubigen Besitzer mit seinem Herausgabeanspruch durchdringen, wenn die Sache dem Eigentümer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist (§ 935 BGB). Ein Abhandenkommen der Sachen setzt aber nach herrschender Meinung und ständiger Rechtsprechung Verlust des unmittelbaren Besitzes des Eigentümers voraus, denn abhanden gekommen sind Sachen „dann, wenn der unmittelbare Besitzer ohne oder gegen seinen Willen den Besitz daran verloren hat"[44]).

Der Erbe würde also ohne die Bestimmung des § 857 BGB an ererbten beweglichen Sachen, an denen er nach dieser Bestimmung unmittelbaren Besitz hat, immer dann das Eigentum verlieren, wenn diese Sachen vor einer tatsächlichen Besitzergreifung durch den Erben ohne dessen Willen aus dem Nachlaß verschwinden und von einem anderen an einen

---

[43]) Endemann, Sachenrecht, § 861, S. 326.

[44]) RGRK Anm. 4 zu § 935 BGB; RGZ 101/224; 8. 10. 26 VI 205/26.

gutgläubigen Dritten veräußert werden. Ein solches Ergebnis wäre ebenso unbillig wie unerwünscht.

Das Ergebnis wird aber vermieden, sobald dem Erben mit dem Erbfall Besitz zugebilligt wird. Sodann bedeutet die unerlaubte Entziehung von Nachlaßgegenständen ein Abhandenkommen mit der Folge des § 935. Dasselbe gilt dann von Sachen, die ein vermeintlicher Erbe veräußert hatte[45]).

In einigen Fällen jedoch sieht das Gesetz die Sicherheit des Rechtsverkehrs und somit die Volksgemeinschaft einer Schutzbestimmung für würdiger an und verordnet Ausnahmen von dem soeben dargelegten Rechtsvorgang. In den §§ 2366 und 2367 BGB wird der gutgläubige Dritte hinsichtlich solcher dinglicher Rechtsgeschäfte geschützt, die zwischen dem Erbscheinerben und ihm geschlossen, von dem Erbscheinerben einseitig ihm gegenüber oder von ihm gegenüber dem Erbscheinerben vorgenommen werden[46]). Eine Erweiterung der Vorschriften zu Gunsten derjenigen, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, ist auch in der Vorschrift des § 1959 Abs. II zu erblicken, wenn auch die Vorschrift, daß Verfügungen des vorläufigen Erben, der die Erbschaft noch nicht angenommen hat, im Falle einer Ausschlagung der Erbschaft nur gültig bleiben, wenn die Verfügung nicht ohne Nachteil für den Nachlaß verschoben werden kann, in erster Linie zum Schutze des Nachlasses gedacht ist. Wenn diese Ausnahmebestimmungen zum Schutze des gutgläubigen Dritten nicht Platz greifen, findet der § 857 in Verbindung mit § 935 BGB zum Schutz des wahren Erben Anwendung.

Zu dem Fall, daß das Eigentum des Erben durch böswilligen Eingriff in den Erbbesitz gefährdet wird, ist nichts besonderes zu sagen.

Nötig aber erscheint es, die verschiedenen Fälle anzuführen, in denen durch Verfügungen des vermeintlichen Erben Nachlaßsachen dem wahren Erbbesitzer abhanden kommen. Der praktische Fall ist der, daß eine Person in der Annahme, sie sei Erbe, als Erbe über eine Nachlaßsache verfügt und erst später, z. B. durch ein aufgefundenes

---

[45]) Vgl. Kober, Anm. 11 zu § 935; Brodmann, Anm. 2 zu § 935; Weimar, „Der gutgläubige Eigentumserwerb von Nachlaßgegenständen" in „Der junge Rechtsgelehrte" 13 Nr. 2, S. 25; Bambach a. a. O., S. 52.

[46]) Vgl. Brodmann, Anm. I zu § 2366.

Testament, sich herausstellt, daß der vorläufige Erbe (Erbschaftsbesitzer) nicht Erbe war. Dem wahren Erben ist die Sache abhanden gekommen. Hierunter fällt auch der Fall, daß ein Miterbe in der Annahme, er sei Alleinerbe, über eine Nachlaßsache verfügt, z. B. eine Sache verschenkt. In diesem Falle haben die Erben einen Herausgabeanspruch gegen den augenblicklichen Besitzer der Sache nach § 985 BGB[47]). Fraglich ist, ob im umgekehrten Falle demjenigen Erben, der sich irrtümlich für einen Miterben neben einem anderen hält und auf dessen Veranlassung unter dem Druck der bevorstehenden Zwangsauseinandersetzung eine Verfügung über einen Nachlaßgegenstand trifft, der Schutz des § 935 BGB zuzubilligen ist. Man könnte meinen, daß auch einem solchen Erben die Sache abhanden gekommen ist, wenn sich nachher herausstellt, daß er als Alleinerbe eingesetzt ist und die fragliche Verfügung infolgedessen nie getroffen hätte. Das erscheint indessen unbillig und widerspricht dem Sinne des § 935 BGB. Danach kann mit Recht derjenige seine Sache von jedem Dritterwerber herausverlangen, der den unmittelbaren Besitz ohne seinen Willen verloren hat. Das ist in dem angedeuteten Fall jedoch nicht so. Hier verfügt der Erbe doch wissentlich, wenn auch seine Bereitwilligkeit zur Verfügung durch einen Irrtum hervorgerufen ist. Der Fall liegt deshalb nicht wesentlich anders, als wenn ein Erbe über einen Nachlaßgegenstand verfügt, um mit dem Erlös eine vermeintliche Schuld zu bezahlen. Stellt sich nachher heraus, daß die Schuld nicht besteht, so bleibt selbstverständlich die Verfügung wirksam. Gleiches muß von der wirtschaftlich unfreiwilligen, rechtlich aber gewollten Verfügung des vermeintlichen Miterben gelten. Darum ist es ständige Rechtsprechung, daß eine von Irrtum oder Drohung beeinflußte Weggabe, die nicht unwirksam, sondern nur anfechtbar ist, dem Abhandenkommen nicht gleichgestellt werden kann[48]). Im angedeuteten Falle kann also von Abhandenkommen um so weniger die Rede sein, als hier die Verfügung sogar gültig und nicht einmal anfechtbar sein dürfte.

Im Falle der erfolgreichen Durchführung einer Anfechtungsklage wegen Erbunwürdigkeit sind die Verfügungen des Erbunwürdigen als Erbe unwirksam und von ihm an einen gutgläubigen Dritten veräußerte Sachen sind auch nach

---

47) Vgl. OLG 26/58.

48) Seuff. Arch. 60, 150; RG 20. II. 12. VII, 363/11.

§ 857 in Verbindung mit § 935 BGB für den wahren Erben als abhanden gekommen anzusehen[49]). Ein anderer Fall des Abhandenkommens von Sachen für den wahren Erben durch Verfügungen eines vermeintlichen Erben liegen dann vor, wenn dieser, ohne die Erbschaft angenommen zu haben, über Nachlaßsachen verfügt und dann ausschlägt. Diese Verfügungen stellen sich gegenüber dem nach § 1953 BGB auf den Zeitpunkt des Erbfalls zurückwirkend nachberufenen Erben als Handlungen verbotener Eigenmacht dar und die in Besitz genommenen Sachen sind so dem wahren Erben abhanden gekommen.

Infolge des dem Erben zuerkannten Besitzes nach § 857 BGB kommt in Verbindung mit § 935 ein gutgläubiger Eigentumserwerb nicht zustande, und der Erbe ist durch die Zuerkennung des Besitzes vom Erbfall an gegen Eigentumsverlust geschützt und kann von jedem noch so gutgläubigen Besitzer einer Nachlaßsache diese auf Grund seines ihm erhalten gebliebenen Eigentums herausverlangen (§ 985 BGB).

Wieweit für zukünftige Rechtsgestaltung eine Erweiterung des Glaubensschutzes Dritter beim Erwerb von Sachen, die aus einem Nachlaß stammen, angebracht erscheint, soll an anderer Stelle geprüft werden. Hier genügt die Feststellung, daß die Beibehaltung des Gutglaubensschutzes im Rahmen des § 935 und die Beibehaltung des Erbbesitzes als Grundlage für das Abhandenkommen die wirksamste rechtliche Waffe in der Hand des Erben gegenüber unrechtmäßigen Verfügungen darstellen.

B. Schutzbestimmungen für Dritte.

Die Vorschrift des § 857 BGB gleicht jedoch nicht nur die Nachteile aus, die ohne eine Regelung des Erbbesitzes für den Erben eintreten würden, sondern bringt auch Dritten die in ihrem Verhältnis zum Nachlaß erforderliche billige Regelung der Besitzverhältnisse.

a) Die Wirkung fehlerhaften Besitzes auf den Erben.

Durch sämtliche Ausführungen über den Erbbesitz des § 857 BGB zieht sich der Gedanke, daß der Besitz des Erben mit den gleichen Eigenschaften ausgestattet ist wie der Besitz

[49]) Vgl. auch Weimar a. a. O. S. 25.

des Erblassers. Seinen gesetzlichen Ausdruck hat dieser Gedanke nochmals in § 858, II Satz 2 gefunden. Ohne Rücksicht darauf, ob er beim Erwerb des Erbbesitzes die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Erblassers kennt, muß der Erbe diese gegen sich gelten lassen.

Derjenige, dem der Erblasser den Besitz mittels verbotener Eigenmacht gestört hatte (§ 858, I) oder sein Nachfolger kann auch nach dem Tode des Besitzstörers, dessen Erben des Besitzes eigenmächtig entsetzen, ohne daß er verbotene Eigenmacht beginge. Falls der Erbe gegen ihn deswegen die Besitzschutzmittel geltend macht, ist er in der Lage, gegen den Erben die exceptio vitiosae possessionis zu erheben (§§ 861, II, 862, II). Er kann aber auch, ohne daß der Erbe diese exceptio vitiosae possessionis geltend machen kann, mit den Besitzschutzmitteln (§§ 861 f.) die vom Vorgänger des Erben widerrechtlich gestörte Rechtslage wieder herstellen.

Nur der in § 858, II hinsichtlich der Fehlerhaftigkeit des Erblasserbesitzes ausgesprochene Grundgedanke des § 857 BGB ermöglicht es, daß auch nach dem Tode eines Besitzstörers (§ 858, I) der durch verbotene Eigenmacht gestörte Besitzzustand wieder hergestellt werden kann. Diese Wirkung „rechtfertigt sich durch den Zweck, eine Vereitelung und Umgehung des Verbotes der Eigenmacht zu verhüten“[50]).

Da der Grundsatz des § 857 BGB hinsichtlich der Fehlerhaftigkeit des Erblasserbesitzes auf den Besitz des Erben allein die gleiche Wirkung wie § 858, II hat, so wäre es zu überlegen, ob bei entsprechend klarer Fassung des § 857 in einem kommenden Recht die auf den Erbgang bezügliche Vorschrift des § 858, II überflüssig wäre.

b) Passivlegitimation des Erbbesitzers gegenüber Nachlaßgläubigern für Klagen und Ansprüche gegen den Besitzer als solchen.

aa) Gegenüber dem auch lediglich auf Grund des § 857 BGB besitzenden Erben ist die Klage aus § 985 gegeben, mit der der Eigentümer einer Nachlaßsache diese vom Erben sofort mit dem Erbfall herausverlangen kann.

Entsprechend verpflichtet ist der Erbe ohne Rücksicht auf eine Besitzergreifung an der Nachlaßsache gegenüber den Ansprüchen eines Nießbrauchers (§ 1067) und eines Pfandgläubigers (§ 1227).

---

[50]) Denkschrift zum Entwurf eines BGB, S. 117.

bb) Sofort mit dem Erbfall ist auch gegenüber dem Erben bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen die petitorische Fahrnisklage aus früherem Besitz (§ 1007 BGB), die condictio possessionis (§ 812 BGB) und im Verhältnis des Eigentümers zum Besitzer die Klage aus § 988 BGB auf Herausgabe der unberechtigterweise gezogenen Nutzungen gegeben.

cc) War der Erblasser Besitzer eines Grundstückes, so kann gegebenenfalls der Eigentümer nach § 1005 BGB oder der Besitzer nach § 867 BGB einer beweglichen Sache, die auf dieses Grundstück gelangt ist, sofort von dem Erben verlangen, Aufsuchung und Wegschaffung dieser Sache ihm zu gestatten.

dd) Gemäß § 809 BGB in Verbindung mit § 857 BGB hat derjenige, der gegen den Besitzer in Ansehung der Sache einen Anspruch hat oder sich über einen ihm etwa zustehenden Anspruch Gewißheit verschaffen will, auch schon gegen den Erben vom Erbfall an einen Anspruch auf Verlegung der Sache.

Wer zur Berichtigung des Grundbuches die Vorlegung eines Hypotheken-, Grundschuld- oder Rentenschuldbriefes benötigt, kann, wenn der Brief sich in einem Nachlaß befindet, unmittelbar vom Erbfall an vom Erben die Vorlegung verlangen (§§ 896, 857 BGB).

Ohne den Grundsatz des § 857 BGB müßten die aus den erwähnten Vorschriften Berechtigten nach dem Tode des Verpflichteten mit Geltendmachung ihrer Ansprüche und Klagen auf den Zeitpunkt warten, in dem der Erbe den Besitz ergriffen hat, wozu dieser aber oft nicht in der Lage sein wird. Auch in künftiger Rechtsordnung wird es daher angebracht sein, die erwähnten Vorschriften durch Beibehaltung des Erbbesitzes auch auf den Erben eines Besitzers auszudehnen.

c) Passivlegitimation des Erbbesitzers gegenüber einer Schadensersatzklage aus § 836 BGB.

Erleidet jemand durch Einsturz oder Ablösung von Gebäudeteilen von Bauwerken Schaden, so haftet für den Ersatz des Schadens der augenblickliche Besitzer des Grundstückes, wobei sein Verschulden dann vermutet wird, wenn der Bau fehlerhaft errichtet oder mangelhaft unterhalten ist.

Gehört zur Zeit eines solchen Schadenfalls das denselben verursachende Bauwerk in einen Nachlaß, so ist es dem Ge-

schädigten nur infolge der Vorschrift des § 836 BGB in Verbindung mit § 857 BGB möglich, sich an jemand halten zu können, gleichgültig ob der Erbe den Besitz angetreten oder lediglich Erbbesitz hat.

Von der Vermutung des Verschuldens kann sich der Besitzer nach § 836 BGB nur durch Führung des Entlastungsbeweises befreien. Dies dürfte für den Erbbesitzer, der vielleicht gar nichts von dem Erbfall weiß, zur Folge haben, daß er stets haften müßte. Folgt man den Protokollen[51]), so würde aber dem Erben „so lange, als er die Sache nicht tatsächlich in Besitz bekommen habe, ein Verschulden nicht vorgeworfen werden können, er müßte denn die Besitzergreifung ungebührlich verzögert haben".

Nach § 836 Abs. II BGB trifft die Verantwortung für den Schaden den Vorgänger im Besitz, wenn der Schadenfall innerhalb eines Jahres nach einem Wechsel im Besitz eingetreten ist. Es fragt sich nun, ob infolge der bekannten Wirkung des § 857 auch hier Erbe und Erblasser hinsichtlich der Haftung als eine Person anzusehen sind, ob also der Erbbesitzer auch für die Besitzzeit des Erben den Entlastungsbeweis zu führen hat. Man wird aus Billigkeitsgründen hier nicht annehmen können, daß auch der Erbe für ein Verschulden des Erblassers haftet, „denn sonst wäre der Erbe gezwungen, auch für die gesamte Besitzzeit des Erblassers, möglicherweise auch noch für die Besitzzeit eines früheren Erblassers den ihm nach § 836 obliegenden Entlastungsbeweis zu führen. Dazu wäre er jedoch häufig gar nicht imstande, weil er selbst die erforderlichen Beweismittel, die der Erblasser zur Verfügung gehabt hätte, nicht anzugeben vermag. Es erscheint ausgeschlossen, daß das Gesetz eine derartige unbillige Bestimmung getroffen habe"[52]).

d) Befreiung von der Schadensersatzleistung an den Berechtigten bei Leistung an Erbbesitzer.

Damit der Ersatzpflichtige dadurch keinen Nachteil hat, daß er die Eigentumsverhältnisse an der von ihm beschädigten oder entzogenen Sache nicht kennt, wird er nach § 851 BGB von der Verpflichtung zur Leistung auch dann frei, wenn er den Ersatz an jemanden leistet, in dessen Besitz sich

---

[51]) V, S. 651.

[52]) OLG Kassel I. Z. S. 9. II, 1912; OLG 28/311 f.

die Sache zur Zeit der Entziehung oder Beschädigung befunden hat. Voraussetzung ist dabei, daß er hinsichtlich des Rechtes zum Besitz in gutem Glauben (§ 932 BGB) war.

Wenn ein Ersatzpflichtiger an den Erben des Ersatzberechtigten leistet, so wird er nach der Vorschrift des § 851 in Verbindung mit § 857 frei.

Würde das Gesetz dem Erben keinen Besitz ohne Ergreifung desselben zuerkennen, wäre der Ersatzpflichtige in einem Nachteil, der sich durch nichts rechtfertigen ließe. Auch die Notwendigkeit einer Anwendung des § 851 BGB gegenüber dem Erben eines Besitzers spricht für Beibehaltung des Erbbesitzes.

Die vorstehende Untersuchung zeigt an einer Fülle von Beispielen für die verschiedensten Rechtsverhältnisse, daß Erbe und Nachlaßgläubiger eines Besitzers aus wirtschafts- und rechtspolitischen Gründen eine Zuerkennung von Besitz für den Erben vom Erbfall an in der gleichen Form benötigen, wie der des Erblassers war. Wollte man, wozu kein Grund ersichtlich ist, in einem kommenden Recht von der allgemeinen Vorschrift über den Erbbesitz abgehen, so wäre eine Anzahl von Sondervorschriften nötig, die ein Gesetzbuch nur unübersichtlich gestalten würden. *Auch in einem künftigen deutschen Recht ist daher der auf altes deutsches Rechtsgut zurückgehende Grundsatz des Erbbesitzes in allgemeiner Fassung beizubehalten.*

Im Grundsätzlichen gelangt man also für ein kommendes Recht zu dem gleichen Ergebnis wie der Gesetzgeber des BGB, der nach anfänglichen durch den überkommenen körperlichen Besitzbegriff entstandenen Bedenken aus rein praktischen Erwägungen zu dem Grundsatz der „Besitzvererbung" gelangte. Die Protokolle[53]) sagen hierüber: „Maßgebend war für den Beschluß im Wesentlichen die Erwägung, daß im geltenden Rechte die Unvererblichkeit des Besitzes nirgends rein durchgeführt sei, das geltende Recht sich vielmehr immer mehr und mehr gegen sie gewandt habe. Nun frage sich, ob man ohne Bedenken das gegenteilige Prinzip, die Vererblichkeit, aussprechen dürfe. Die Frage sei zu bejahen, denn es sei leichter, die Ausnahmen von der Vererblichkeit, als jene von der Unvererblichkeit aufzustellen".

[53]) V, S. 652.

Immerhin haben all diese Bedenken ihren wenig glücklichen Niederschlag in der Fassung des § 857 gefunden. Im kommenden Recht brauchen theoretische Erwägungen die Klarheit des Gesetzes nicht mehr zu trüben. Vielmehr wird der Erbbesitz in der hier angedeuteten Weise nach rein zweckmäßigen Gesichtspunkten zu regeln sein. Welche Fassung und welche Stellung im Gesetz angebracht sein wird und welche Aenderungen sich etwa für andere Gesetzesvorschriften ergeben könnten, kann erst nach einer weiteren Untersuchung festgestellt werden.

II. Wie ist der Erbbesitz in künftigem Recht zu gestalten?

A. Stellung einer Bestimmung über den Erbbesitz im Gesetz.

Die eben abgeschlossene Untersuchung hat ergeben, daß die vielseitigen praktischen Auswirkungen des § 857 BGB die grundsätzliche Beibehaltung des Erbbesitzes erfordern. Es fragt sich nun, wie dieser Grundsatz in einem künftigen Recht verwirklicht werden und zunächst, welche Stellung im Gesetz er erhalten soll. Man könnte auf den Gedanken kommen, für die einzelnen Rechtsinstitute, für die sich ein Besitz des Erben vor Ergreifung körperlichen Besitzes am Nachlaß auswirkt, dem Erben durch Sonderbestimmungen eine Besitzerstellung zuzuteilen. Hier wäre z. B. im Anschluß an die Besitzschutzbestimmungen der §§ 859 ff. BGB an einen Satz zu denken, der ähnlich dem § 2054 E. I auch dem nichtbesitzenden Erben dieselben Rechte zuweist, wie wenn dieser mit dem Erbfall Besitzer geworden wäre. Im § 935 BGB wäre der Zusatz denkbar, daß diese Vorschriften auch Anwendung auf Sachen finden, die aus einer nicht in Besitz genommenen Erbschaft gestohlen wurden, verloren gegangen oder in sonstiger Weise gegen den Willen des Erben entnommen worden sind. Von solchen Einzelfällen, wo sich ein Erbbesitz auswirkt, ließen sich, wie schon gezeigt wurde, noch sehr viele anführen. Aus diesem Grunde allein ist der Vorschlag von Einzelbestimmungen des Erbbesitzes abzulehnen. Diese würden das Gesetz nur unübersichtlich gestalten.

Im Rahmen der Vorarbeiten zum BGB wurde in Kritik des Ersten Entwurfes gefordert, an Stelle des „unmöglichen" § 2054 den Satz einzuschalten, daß der Besitz durch den Tod des Besitzers (und Inhabers) nicht aufgehoben würde. Im Anschluß hieran wurde die Feststellung getroffen, daß ein Satz, der den Uebergang des Besitzes auf den Erben

bestimme, ins Erbrecht gehöre[54]). Eine Regelung in diesem Sinne hat dann, wie bekannt, das Schweizer ZGB getroffen, indem es in Art. 560 neben dem Eigentum und den beschränkten dinglichen Rechten auch den Besitz des Erblassers ohne weiteres übergehen läßt. Diese Regelung widerspricht aber der hier getroffenen Feststellung, daß der „Uebergang" von Besitz auf den Erben in Wahrheit einen Besitzerwerbstatbestand darstellt. Als solcher gehört die allgemeine Regel des Erbbesitzes in die Besitzlehre, zumal ja auch hier die Hauptwirkungen dieses Grundsatzes liegen. In einem kommenden deutschen Recht wird eine Bestimmung über den Erbbesitz daher am Anfang des Besitzrechtes ihren Platz finden müssen, trotzdem der Zweck einer solchen Bestimmung — die Herstellung der Kontinuität zwischen den Rechtsverhältnissen des Erblassers und denen des Erben — im Erbrecht wurzelt.

B. Fassung des Gesetzes.

α) Die Erlangung des Erbbesitzes, ein Besitzerwerbstatbestand; der Tod des Erblassers, ein Endigungsgrund des Besitzes.

Wie die im ersten Teil dieser Arbeit gegenübergestellten, so verschiedenen Deutungen des § 857 BGB zeigen, läßt diese Bestimmung des Bürgerlichen Gesetzbuches ihre Bedeutung als Erwerbstatbestand neuen Besitzes in der Person des Erben nicht klar erkennen.

De lege ferenda empfiehlt es sich daher, den bezeichneten Charakter des Erbbesitzes auch nach außen hin kenntlich zu machen und die drei Erwerbstatbestände — Erwerb durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt (§ 854, I), durch Einigung (§ 854, II) und durch Erbgang — deutlich nebeneinander zu stellen. Im § 854 würde als Absatz III deshalb die Aufnahme einer Bestimmung angebracht sein, nach der der Erbe den Besitz an den vom Erblasser im Zeitpunkt seines Todes besessenen Sachen mit dem Erbfall erwirbt. Hierbei müßte dann entsprechend dem Zweck des Erbbesitzes zum Ausdruck gebracht werden, daß der Erbe in dieselbe Besitzlage eintritt, die der Erblasser innehatte. Eine ähnliche Nebeneinanderstellung von drei Erwerbstatbeständen fand sich auch in dem auf germanische Rechtsgedanken zurückgehenden Grand Coutumier (231), wonach Besitzergreifung, possession acquise par

[54]) Cosack, Das Sachenrecht im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, S. 15.

occupation, Besitzeinweisung durch den Veräußerer oder Richter, possession acquise par tradition de fait, und Erbgang, possession acquise par succession, die drei Erwerbsgründe für Besitz, die trois espèces de possession suffisant à saisine waren[55]).

Es bleibt aber noch die Frage zu klären, ob nicht die verschiedenen Einzelstreitfragen, die sich in der Wissenschaft im Anschluß an den bisherigen § 857 BGB ergeben haben, für die zukünftige Rechtsgestaltung einzelne Veränderungen des Gesetzes im Sinne einer Vereinigung der Streitigkeiten nach der einen oder anderen Seite ratsam erscheinen lassen.

β) Einzelfragen.

a) Die theoretische Möglichkeit einer körperlichen Besitzergreifung der Sache im Zeitpunkt des Erbfalls, eine Voraussetzung des Besitzerwerbs durch den Erben.

Ueber eine angebliche Ausnahme von dem Besitzerwerb des Erben nach § 857 BGB hat sich ein Meinungsstreit entwickelt, zu dem in fast allen Abhandlungen über den Erbbesitz des BGB Stellung genommen worden ist. Es ist unstreitig, daß der Besitz am Nachlaß nur soweit auf den Erben „übergehen" kann, als der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes Besitzer war. Hinsichtlich solcher Sachen, die dem Besitzer vorher verloren gingen, ist ein Besitzerwerb des Erben ausgeschlossen. Nach Strohal[56]) muß dieser aber „auch rücksichtlich derjenigen Sachen als ausgeschlossen angesehen werden, welche infolge der Umstände, unter denen der Tod des Erblassers erfolgt ist, in eine Lage geraten sind, vermöge welcher die Möglichkeit einer Ausübung der tatsächlichen Gewalt durch den Erben nicht mehr gegeben ist." Strohal nimmt eine Ausnahme von dem Grundsatz des § 857 an, wenn z. B. der Besitzer einer Sache mit dieser zusammen im Meere versinkt[57]). Diese Annahme fand Widerspruch. Kober[58]) z. B. weist sie zurück mit der Auslegung des § 857, auch hier gehe der Besitz an sich auf den Erben über, der Rechtssatz

---

55) Rainach a. a. O., S. 58.

56) Das deutsche Erbrecht, S. 325.

57) So auch Endemann a. a O., Bd. II, 1, S. 203, Anm. 12; Biermann Anm. 2a zu § 857; Binder a. a. O. Bd. I, S. 52; Lindemann-Soergel Anm. 3 zu § 857; Bambach a. a. O., S. 34 f.; Albrecht a. a. O., S. 60 f.; Ulich a. a. O., S. 30.

58) Anm. 9 zu § 857; vgl. Maenner Sachenrecht S. 136 Anm. 17.

bleibe aber ohne praktischen Erfolg, weil der Erbe den Besitz nicht weiter ausüben könne. Kober sieht in diesem Vorgange keine gesetzliche Ausnahme von dem Prinzip, sondern lediglich eine tatsächliche Unmöglichkeit.

Man wird sagen müssen, daß es darauf ankommt, in welcher tatsächlichen Lage sich die durch den Tod des Besitzers „untergegangene" Sache befindet. Der Erbe erwirbt den Besitz an einer Nachlaßsache dann, wenn der Erblasser sie bei seinem Tode besaß und irgendjemand — nicht gerade nur der Erbe[59]) — in der Lage ist, auf die Sache einzuwirken, auch wenn vorübergehend eine menschliche Einwirkung erschwert sein sollte[60]). Um ein Beispiel Plancks zu gebrauchen, wird der Besitz an einem Dampfer mit allem, was sich darin befindet, nicht schon als verloren gelten können, wenn er an einer bekannten Stelle, z. B. in der Nähe Helgolands, gesunken ist, wo genügend technische Mittel zu einer Hebung zur Hand sind. Ist das Schiff aber irgendwo im Sturm gesunken oder ist sonst eine Wiedererlangung nur von einem glücklichen Zufall abhängig, so ist an einen Besitzerwerb des Erben nicht zu denken.

Man könnte nun daran denken, in eine neue Rechtsordnung eine Bestimmung aufzunehmen, daß der Erbe nur soweit Besitz erwirbt, als die Sache im Zeitpunkt des Erbfalls nicht einer Besitzergreifung nach § 854 überhaupt entzogen ist. Da es sich bei den vorstehenden Fragen wohl nur um Fälle handelt, die praktisch kaum vorkommen dürften, ist eine Belastung der neuen Rechtsordnung mit neuen Vorschriften unzweckmäßig. Im Bedarfsfalle muß hier die Rechtsprechung die Fortbildung des Rechts übernehmen.

b) Regelung des Erbbesitzes, wenn mit dem Erbfall das Recht zum Besitz unter- oder auf einen anderen Berechtigten als den Erben übergeht.

Die Bestimmung des § 857 hat die Auslegung gefunden, daß der Erbe mit dem Erbfall Besitz an allen Sachen erwirbt, die der Erblasser in Besitz gehabt hat, wie dieser auch immer beschaffen war. In der Wissenschaft ist nun die Frage aufgeworfen worden, ob der Grundsatz des Erbbesitzes im BGB nicht Ausnahmen hinsichtlich solcher Sachen erleide, die rechtlich nicht zur Erbschaft gehören und für die das

[59]) So ausdrücklich Stephan a. a. O., S. 30.

[60]) Hierzu auch: Crull a. a. O. S. 52.

Recht zum Besitz mit dem Tod des Erblassers erlischt oder auf einen Dritten als Berechtigten übergeht. Es gehört hierher u. a. der Besitz an Sachen, die der Erblasser als Nießbraucher, Vormund, Konkursverwalter, Nachlaßpfleger, Testamentsvollstrecker, Gesellschafter in den Fällen der §§ 736 und 738 BGB, als Vereinsmitglied, anteilsberechtigter Abkömmling im Falle der fortgesetzten Gütergemeinschaft, als Erbhofbauer, als Vorerbe und so fort besessen hat.

Daß der Erbe mit dem Erbfall auch Besitzer wird an solchen Sachen, an denen der Erblasser unmittelbaren Fremdbesitz hatte, sagen treffend die Protokolle auf Vorschläge der Kritik[61]), die Vererblichkeit des Besitzes auf den Eigenbesitz und den Nutzungsbesitz zu beschränken. Es heißt dort[62]): „In der Ausdehnung auch auf den Detentor, den Mandatar usw. könne ein Uebelstand nicht gefunden werden. Der Erbe des Detentors werde in der Mehrzahl der Fälle die nicht zum Nachlaß gehörenden Sachen sofort herausgeben. Entstehe aber einmal ein Streit darüber, ob ein Gegenstand zum eigenen Vermögen des Erblassers gehöre oder nicht, so sei es nur gerechtfertigt, wenn dem Erben die Rolle des Beklagten sofort zustehe. Der Erbe des Detentors habe auch die Pflicht, für die Erhaltung der Sache zu sorgen, er sei für die Herausgabe verantwortlich; für die Wahrnehmung dieser Pflicht brauche er auch den Besitz und insbesondere auch den Besitzschutz gegen Dritte. Endlich habe er auch ein Retentionsrecht, zu dessen Geltendmachung er gleichfalls des sofortigen Besitzes bedürfe. Sachlich sei jedenfalls der Grundsatz der Vererblichkeit des Besitzes ein gerechtfertigter und es sei deshalb besser, die vollen Konsequenzen zu ziehen." Die nötige Klarheit in die verschiedenartige Regelung der erwähnten Rechtsverhältnisse, die sich gerade bei dem Tode des Berechtigten auswirkt, bringt die Stellungnahme der Protokolle keineswegs. Um die aufgetauchten Zweifelsfragen klären zu können, ist es nötig, sich näher mit den verschiedenen Rechts- und Besitzverhältnissen zu beschäftigen.

aa) Ebenso wie der persönlich anvertraute Fremdbesitz an einer Sache auf den Erben des Besitzers „übergeht", ist auch Besitzerwerb des Erben hinsichtlich solcher Sachen nicht auszuschließen, die der Erblasser als Nießbraucher besessen

---

[61]) Strohal, Zum Besitzrecht des Entwurfes eines BGB, in Iherings Jahrb. 29/371; 31/65.

[62]) Prot. V, S. 652.

hat[63]). Außer den Gründen, die die erwähnte Stelle der Protokolle anführt und aus welchen auch dem Erben eines Nießbrauchers Besitz und Besitzesschutz zur Erhaltung der Nießbrauchsache zu gewähren ist, ist auch noch einmal zu erwähnen, daß es gerade der Sinn des Erbbesitzes ist, daß der Besitz, sofern er nur beim Erblasser vorlag, auch vom Erben erworben wird ohne Rücksicht auf ein Recht zum Besitz.

bb) Mit der heute herrschenden Meinung kann man annehmen, daß z. B. Konkursverwalter und Testamentsvollstrecker einen vermittelnden Besitz im Sinne des § 868 haben und in diesen Fällen dem Erben ein Herausgabeanspruch gegen den Konkursverwalter zusteht.

Daß an Sachen, an denen ein Verwalter als Besitzmittler unmittelbaren Besitz hat, den er auch selbst ausübt, mit seinem Tode sein Erbe auch unmittelbaren Besitz erwirbt, herrscht kein Zweifel, und es ist auch ein durchaus billiges Ergebnis, daß z. B. der Besitz an Wertsachen, die ein Konkursverwalter für den Gemeinschuldner in seinem Geldschrank aufbewahrt, auch auf den Erben des Verwalters übergeht, damit auch ihm, der für die Herausgabe haftet, der Besitz und somit der Besitzesschutz zukommt[64]).

Nicht so zweifelsfrei ist der Besitzerwerb nach § 857 für den Erben eines Verwalters, der den Besitz an den ihm anvertrauten Sachen durch einen Besitzdiener ausüben ließ (§ 855). Mehrere Schriftsteller lehnen den Besitzerwerb des Erben an diesen Sachen ab. Eine Meinung vertritt den Standpunkt, der gesetzliche Vertreter oder Verwalter sei nie Besitzer, sondern die Angestellten seien Besitzdiener des Mündels, nicht aber des Vormundes. Es ist dies eine Tatfrage. Läßt der Vormund z. B. den Besitz durch Angestellte der

---

[63]) Für die herrschende Meinung: Schliewen in RGRK zu § 857: in 7r Aufl vertrat Endemann die entgegengesetzte Meinung mit der Begründung, daß „das zur Besitzherrschaft legitimierende Recht nicht vererblich sei". In der 8. und 9. Auflage aber sagt er in Anm. 15 zu § 57 selbst: „Zu weit geht die Behauptung, daß eine Vererbung des Besitzes überhaupt nicht stattfindet, wenn das Recht zum Besitz nicht vererblich ist". Aber Endemann hält es im Hinblick auf die hier noch zu besprechenden Sonderfälle, die sich aus der Rechtsordnung und der Regelung der Besitzlehre im BGB ergeben, für ebenso unrichtig, auf das Recht zum Besitz gar keinen Wert zu legen, weil sonst „der Einzelbehandlung der verschiedenen ‚Ausnahmefälle' die einheitliche Grundlage und ihrer Entscheidung die überzeugende Kraft fehle."

[64]) Für die herrschende Meinung: Schliewen in RGRK. zu § 857; Biermann Anm. 2 b zu § 857; Stephan a. a. O. S. 34,

Firma seines Mündels ausüben, dann hat der Pflegebefohlene den unmittelbaren Besitz inne, während der Vertreter nur die in § 855 vorgesehenen Weisungen erteilt[65]). Ein Besitzerwerb durch den Erben des gesetzlichen Vertreters *kann* hier gar nicht in Frage kommen, da dieser bei seinem Tode nicht mehr Besitz hatte. Das ist aber keine Ausnahme vom Grundsatz des Erbbesitzes, sondern eine selbstverständliche, durch rechtliche Tatsachen bedingte Auswirkung der Rechtsverhältnisse zwischen Pflegebefohlenem und seinem gesetzlichen Vertreter sowie seinem Besitzdiener. In allen anderen Fällen, vor allem auch dann, wenn das Besitzverhältnis des Vertretenen nach außen hin nicht kenntlich ist, geht der Besitz ebenso wie an all den Sachen, die der Vertreter persönlich an sich genommen hat, auf den Erben über. Der „Vertreter-" oder „Verwaltungsbesitz" unterscheidet sich dann in nichts von dem „Selbstbesitz" des Vertreters[66]).

Eine Ausnahme bezw. Einschränkung vom Grundsatz des Erbbesitzes glaubt man auch feststellen zu müssen hinsichtlich des mittelbaren Vertreterbesitzes, wenn der Herausgabeanspruch (§ 870 BGB) nicht auf den Erben übergeht. Der Konkursverwalter hat z. B. in dieser seiner Eigenschaft, also für Rechnung der Konkursmasse Wertpapiere bei einer Bank deponiert. Wie Jaeger[67]) treffend hervorhebt, bereitet die Konstruktion dieser „Ausnahme" Schwierigkeiten[68]), ohne daß in Wirklichkeit eine Ausnahme vorliegt. In Wahrheit hat der Verwalter gar keinen Besitz mehr bei seinem Tode, denn er hat für Rechnung der Konkursmasse hinterlegt, so daß der

---

[65]) Planck-Brodmann Anm. 3 zu § 857 S. 56. Über das Schicksal des unmittelbaren Besitzes des Vertretenen, hier des Mündels, wird man annehmen können, daß er mit der Verwaltungstätigkeit des gesetzlichen Vertreters, hier also mit dessen Tode aufhöre.

[66]) Vgl. Planck-Brodmann Anm. 3 zu § 857, S. 56. Vgl. Jaeger Komm. zur KO. II. Bd., Anm. 9 zu § 117: „Wohl mag hier die Besitzvererbung praktisch bedeutungslos sein. Doch wird man wohl richtiger sagen: Der Erbe erwirbt zwar den Besitz nach § 857, büßt ihn aber alsbald wieder ein, insofern und nur insofern das nach Lage des Falles von vornherein feststehende Nichterlangen der tatsächlichen Gewalt ein Verlieren im Sinne des § 856, I bedeutet. Anders z. B. dann, wenn etwa der Verwalter selber Kaufmann war und in seinem eigenen Geschäft durch seine eigenen Angestellten Massegegenstände auf gesonderte Rechnung hat verkaufen lassen. Hier geht auf den Erben auch der Besitz der zur Masse gehörenden Waren über".

[67]) a. a. O., Anm. 10 zu § 117, maßgeblich für das Folgende; ebenso Planck-Brodmann Anm. 3 zu § 857, S. 56.

[68]) Vgl. Strohal, Sachbesitz S. 97; Binder a. a. O., S. 54; Biermann Anm. 3 zu § 857; Kreß, Besitz und Recht, S. 217.

Vertretene, hier zum Beispiel der Gemeinschuldner, Träger des Herausgabeanspruches, des Rückgabeanspruches aus der Verwahrung (§ 695) ist. Der Verwalter scheidet mit der Hinterlegung aus dem Besitzverhältnis zum Vertretenen aus und übt nur noch für diesen den Rückgabeanspruch gegen den Verwahrer aus. Stirbt der Verwalter, so geht diese Ausübung auf den neuen Verwalter bei Antritt seines Amtes über. Den Besitz erwirbt dieser seinerseits erst durch Besitzergreifung. Ebenso wie bei dem durch Besitzdiener ausgeübten Verwalterbesitz liegt hier keine Ausnahme von dem Grundsatz des § 857 vor, der auch hier Anwendung findet, wenngleich er keine praktische Bedeutung hat, weil der Erblasser gar nicht mehr im Besitz der Sachen war. Das geht aus den Bestimmungen des Gesetzes hervor und bedarf wohl auch im künftigen Recht keiner besonderen Erwähnung.

cc) Streitfragen haben sich auch über den Erbbesitz nach einem Gesellschafter gebildet.

Nach § 727 BGB wird eine Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst, sofern sich nicht aus dem Gesellschaftsvertrag etwas anderes ergibt. Für den Fall einer derartigen Vereinbarung, daß die Gesellschaft auch über den Tod eines Gesellschafters hinaus fortbesteht, scheidet dieser Gesellschafter mit dem Tode aus der Gesellschaft nach § 736 aus und gemäß § 736 wächst sein Anteil am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern zu.

Hinsichtlich des Besitzes am Gesellschaftsvermögen ist zunächst hinzuweisen auf solche Sachen der Gesellschaft, die der verstorbene Gesellschafter z. B. bei sich getrennt unter privatem Verschluß hatte. Hinsichtlich dieser Sachen besteht ein „Alleinbesitz" des Erblassers, und da § 857 auch den Fall des Fremdbesitzes trifft, besteht hinsichtlich des Besitzerwerbs an solchen Sachen durch den Erben kein Zweifel[69]).

Da aber das Gesellschaftsvermögen der Gesellschaft zur gesamten Hand gehört, ist jeder Gesellschafter an den der Gesellschaft gehörenden Gegenständen anteilig mitberechtigt und, soweit die Gesellschaft Besitz hat, ist mit Ausnahme des obigen Falles jeder einzelne Gesellschafter Mitbesitzer. Es fragt sich nun, ob auf diese vom Erblasser mitbesessenen Sachen der § 857 Anwendung findet.

---

[69]) Für die herrschende Meinung: Planck-Brodmann Anm. 3 zu § 857.

Es wird behauptet, daß bei dem Gesellschaftsbesitz eine Ausnahme von § 857 vorliege[70]).

Nach der wohl herrschenden Meinung[71]) geht der unmittelbare Mitbesitz eines nach § 736 BGB mit dem Tode ausscheidenden Gesellschafters an den der Gesellschaft gehörenden Sachen nicht auf den Erben über, sondern wächst den anderen Gesellschaftern zu. Die Begründung für diesen Vorgang aber ist verschieden. Nach der einen Auffassung gehört der Mitbesitz als Teil des Gesellschaftsvermögens zu diesem und wächst als Anteil des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern laut Bestimmung des § 738 BGB zu[72]). Kober [73]) kommt zu dem gleichen Ergebnis, aber mit der Begründung, es liege hier keine gesetzliche Ausnahme von § 857 vor, sondern der Erblasser habe vertragsmäßig bestimmt, daß sein Anteil am Gesellschaftsvermögen und damit sein Mitbesitz auf die übrigen Gesellschafter übergehe. Danach wäre also in dem Gesellschaftsvertrage eine durch den Tod des Gesellschafters aufschiebend bedingte Einigung (§ 854, II) über den Besitzerwerb durch die übrigen Gesellschafter enthalten.

Diesen Auffassungen wird man aber nicht zustimmen können. Die zuerst genannte Meinung, die den Mitbesitz laut gesetzlicher Bestimmung übergehen läßt, übersieht, daß zwischen den im Gesellschaftsvermögen liegenden Rechten und dem Besitz ein großer Unterschied zu machen sei[74]). Man wird ebenso wie bei dem bisher besprochenen „Vertreterbesitz" einen Unterschied machen müssen zwischen unmittelbarem Besitz, der vom Vertreter selbst, und solchem, der durch Besitzdiener des Vertretenen nach Anweisungen des Vertreters ausgeübt wird, sowie mittelbarem Besitz.

Beim mittelbaren Besitz wird man sagen können, daß er als Teil des Gesellschaftsvermögens den übrigen Gesellschaftern nach § 738 zuwachse, da ja der „Hauptbestandteil" des mittelbaren Gesellschaftsbesitzes in dem Herausgabeanspruch gegen den unmittelbaren Besitzer (§ 868) besteht[75]).

---

[70]) Strohal, Sachbesitz S. 97; Bambach a. a. O., S. 36.

[71]) Endemann § 37, Anm. 15 S. 203 f.; Kober Anm. 9 zu § 857; Gierke, Deutsches Privatrecht B. II, § 115, Erläuterung 56.

[72]) Strohal, Sachbesitz S. 97; Endemann a. a. O.

[73]) Anm. 9 zu § 857; Planck-Brodmann in früheren Auflagen.

[74]) So auch Planck-Brodmann Anm. 3 zu § 857, S. 56.

[75]) Zustimmend Biermann Anm. 3 zu § 857.

Wird der unmittelbare Besitz durch Besitzdiener ausgeübt, die als solche der Gesellschaft kenntlich sind, z. B. die Reisenden einer Handelsgesellschaft, so kann Besitz von dem einzelnen Gesellschafter gar nicht auf dessen Erben „übergehen", denn Besitzer nach § 855 ist die Gesellschaft als solche[76]). Es gilt hier das gleiche, was bei dem Vertreterbesitz gesagt worden ist.

Besteht an dem Gesellschaftsvermögen oder Teilen desselben ein tatsächlicher, unmittelbarer Mitbesitz, befindet sich z. B. Gesellschaftsvermögen in einem Kassenschrank, zu dem jeder Gesellschafter einen Schlüssel hat, so ist nicht einzusehen, warum an diesem Vermögen nicht unmittelbarer Besitz auch mit dem Erbfall vom Erben des Gesellschafters nach § 857 erworben werden sollte[77])[78]).

Die Meinung[79]), daß der Mitbesitz durch eine vorangegangene Einigung nach § 854, II vertragsgemäß auf die übrigen Gesellschafter übergehe, wird man mit Planck-Brodmann, der diese Auffassung in früheren Auflagen selbst vertrat, als eine „nur in der juristischen Konstruktion" lebende ablehnen können.

Es ist so nachgewiesen, daß auch nach einem Gesellschafter für dessen Erben der § 857 grundsätzlich Anwendung findet. Eingeschränkt wird diese Bestimmung nur hinsichtlich der Stücke aus dem Gesellschaftsvermögen, die dem mittelbaren Mitbesitz des Erblassers unterlagen. Diese Einschränkung ergibt sich aus anderen gesetzlichen Bestimmungen und wird als ein billiges Ergebnis auch in einem künftigen Recht beizubehalten sein. Eine Kenntlichmachung dieser Einschränkung bei einer allgemeinen dem § 857 BGB entsprechenden Bestimmung in einem neuen Gesetz dürfte neben den erwähnten klaren Bestimmungen der §§ 837 und 870 überflüssig sein.

---

[76]) So auch Stephan, a. a. O. S. 33; Planck-Brodmann (in der letzten Auflage) Anm. 3 zu § 875; Crull a. a. O. S. 55 läßt den Besitz untergehen.

[77]) So auch Crull a. a. O. S. 33; Stephan a. a. O. S. 55; in seiner neuesten Auflage auch Planck-Brodmann.

[78]) Wenn Planck-Brodmann das Ergebnis der hier vertretenen Auffassungen damit begründet, daß die gegenteilige oben besprochene Meinung folgerichtig dahin führen müßte, auch den Alleinbesitz eines Gesellschafters von § 857 auszunehmen, wird man ihm aus den oben erwähnten Gründen nicht beistimmen können. Der Alleinbesitz gehört nicht hierhin.

[79]) Kober, a. a. O.

dd) Eine gesetzlich bedingte Einschränkung des Besitzerwerbs nach § 857 kann auch für einen Erben eines mit dem überlebenden Ehegatten die Gütergemeinschaft fortsetzenden Abkömmlings gegeben sein[80]).

Die allgemeine Gütergemeinschaft kann von dem überlebenden Ehegatten mit gemeinsamen Abkömmlingen auch nach dem Tode des einen Ehegatten gemäß § 1487 BGB so fortgesetzt werden, daß der überlebende Ehegatte die rechtliche Stellung des Mannes, die anteilsberechtigten Abkömmlinge die der Frau haben. Nimmt der überlebende Ehegatte, der zur Besitzergreifung nach §§ 1443 und 1487 BGB berechtigt ist, das Gesamtgut in unmittelbaren Besitz, so vermittelt er damit den Abkömmlingen Besitz nach § 868 BGB. Beim Tode eines derartigen Abkömmlings gehört nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 1490 BGB dessen Anteil am Gesamtgut und somit auch der mittelbare Besitz (§ 870 BGB) nicht zum Nachlaß. Nach § 1490 BGB kommt der mittelbare Anteilsbesitz entweder seinen Abkömmlingen zu oder wächst den mit ihm zusammen anteilsberechtigt gewesenen Abkömmlingen oder dem überlebenden Ehegatten zu. Falls Erben eines solchen in fortgesetzter Gütergemeinschaft lebenden Abkömmlings nicht dessen Abkömmlinge sind, so liegt für sie eine gesetzliche Einschränkung des Besitzerwerbs nach § 857 BGB vor.

Ohne eine Aenderung der erwähnten Bestimmungen über den mittelbaren Besitz und die Fortsetzung der Gütergemeinschaft wäre diese Einschränkung nicht zu beseitigen. Aber hierzu dürfte keine Veranlassung gegeben sein. Es erscheint vielmehr durchaus angebracht, daß der mittelbare Anteilsbesitz des anteilsberechtigten Abkömmlings das in § 1490 bestimmte Schicksal des Gesamtgutes teilt.

ee) Die schwierigste und umstrittenste Frage, die auf das Gebiet des Erbbesitzes übergreift, ist die einer Besitzregelung bei Eintritt der in § 2100 BGB vorgesehenen Nacherbfolge. In diesem Falle hört nach § 2139 BGB der Vorerbe auf, Erbe zu sein, und die Erbschaft fällt dem Nacherben an, während Erbe des Vorerben ein anderer ist. Unbestritten ist es, daß der Nacherbe nach § 857 BGB an den zur Erbschaft gehörenden Sachen mit dem Erbfall Besitz erhält, wenn er gemäß § 2102 BGB — z. B. durch Fortfall des Vorerben —

---

[80]) Vgl. Strohal, Erbrecht S. 330.

unmittelbarer Gesamtnachfolger des Erblassers wird. Strittig aber ist es, ob beim Eintritt einer Nacherbfolge — zu Lebzeiten des Vorerben oder bei dessen Tode — der Nacherbe Besitz am Nachlaß ohne Besitzergreifung erwirbt, oder ob beim Zusammentreffen von Nacherbfall und Tod des Vorerben dessen Erbe ausnahmslos Besitz an den von seinem Erblasser besessenen Sachen nach § 857 BGB erwirbt. Diese Fragen können nur durch eingehende Abwägung der verschiedenen, für einen Erbbesitz des Nacherben oder unmittelbaren Besitzerwerb des Erben des Vorerben sprechenden Gesichtspunkte geklärt werden. Ob die heutige Regelung der Interessenlage gerecht wird oder ob in Zukunft Aenderungen zweckmäßig erscheinen, kann nur aus einer Betrachtung der heutigen Rechtslage und deren Beurteilung durch die Wissenschaft erkennbar werden.

Entsprechend den beiden logischen Möglichkeiten werden auch in der Wissenschaft zwei Hauptgruppen von Meinungen vertreten.

Innerhalb der Gruppe von Schriftstellern, die einen Erbbesitzerwerb des Nacherben mit mehr oder weniger starken Einschränkungen vertreten, lassen einige den unmittelbaren Besitz des Vorerben an den zur Erbschaft gehörigen Sachen unmittelbar auf den Nacherben übergehen. Ohne nähere Begründung sagt Gierke[81]): „Tritt an Stelle des Vorerben ein Nacherbe, so geht der Besitz mit dem Nacherbfalle von Rechts wegen auf den Nacherben über." Neuwiem[82]) sieht in dem Besitz ein vermögensrechtlich geartetes und damit in Geld abschätzbares Rechtsverhältnis, dessen Uebergang auf den Erben er zunächst aus dem allgemeinen § 2139 BGB herleitet in Verbindung mit § 1922 BGB. Dieser Begründung wird man deswegen nicht beistimmen können, weil der Erblasserbesitz mit dem Tode des Erblassers endigt und der § 857 einen Erwerbstatbestand neuen Besitzes darstellt. Darüber hinaus wäre dann der § 857 überhaupt überflüssig, weil ja auch im Falle der einfachen Erbfolge der Besitz als Vermögenswert gemäß § 1922 BGB übergehen müßte. Zu dem gleichen Ergebnis des unmittelbaren Besitzerwerbs durch den Nacherben kommen Stephan[83]) und Rosenthal[84]), wenn auch teilweise mit anderer

[81]) Deutsches Privatrecht II, § 115.

[82]) a. a. O., S. 37.

[83]) a. a. O., S. 40 ff.

[84]) a. a. O., S. 25 ff.

Begründung. Mit einigen Abwandlungen sind Biermann[85]), Crome[86]) und Kretzschmar[87]) der gleichen Auffassung. Alle diese Meinungen sind aber darin einig[88]), daß von einem Besitzerwerb des Nacherben dann keine Rede sein könne, wenn der Nacherbfall zu Lebzeiten des Vorerben eintritt und dieser die Nachlaßsachen tatsächlich besitzt; an diesen Sachen könne ein Besitz durch den Nacherben deswegen nicht erworben werden, weil man Besitz an einer Sache nur dann zu erwerben vermag, wenn kein anderes Besitzverhältnis besteht; diese Sachen bleiben im Besitz des Vorerben und an ihnen könne nach § 857 beim Tode des Vorerben nur von dessen Erben Besitz erworben werden. Bei Eintritt der Nacherbfolge mit dem Tode des Vorerben aber werde nach dieser Auffassung der Besitz an allen zur Nachbarschaft gehörenden Sachen nach § 857 unmittelbar vom Nacherben erworben.

Nach einer anderen Meinung müsse auch beim Zusammentreffen von Nacherbfolge mit dem Todesfall des Vorerben ein Unterschied hinsichtlich der vom Vorerben tatsächlich in Besitz genommenen und den Sachen gemacht werden, deren Besitz der Vorerbe nur nach § 857 nach dem Erblasser erworben hat. Strohal, der die heute wohl herrschende Meinung entwickelt[89]) hat, sagt[90]): „Schwieriger ist die Frage, wie es sich in den Fällen der Nacherbfolge mit dem bisher dem Vorerben zugekommenen unmittelbaren Besitz an den der Nacherbfolge unterliegenden Sachen verhält, wenn der Fall der Nacherbfolge mit dem Tode des Vorerben zusammentrifft. Man wird unterscheiden müssen: soweit der Besitz des Vorerben an den zur Erbschaft gehörenden Sachen lediglich auf § 857 beruht, bildet er einen Bestandteil des der Nacherbfolge unterliegenden Vermögens und geht er daher als solcher mit

---

[85]) Anm. 4 zu § 857.

[86]) a. a. O., § 342 Anm. 33.

[87]) Anm. zu § 857.

[88]) Crome, a. a. O. z. B. wendet den § 857 für alle anerkannten Besitzverhältnisse und alle Gesamtnachfolgefälle an, besonders auch für den Fall, daß die Erbschaft vom Vorerben auf den Nacherben übergeht, „es sei denn, daß der Vorerbe selbst den Besitzübergang verhindert, d. h. den anderen nicht in die Lage bringt, die tatsächliche Gewalt über die Nachlaßsachen auszuüben." — Kretzschmar a. a. O. läßt den Besitz überhaupt nur dann auf den Nacherben übergehen, wenn die Nacherbfolge mit dem Tode des Vorerben eintritt,

[89]) Sachbesitz, S. 104 f.

[90]) Erbrecht § 63 c, S. 331.

dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge auf den Nacherben über. Soweit der Vorerbe dagegen den Besitz an den zum Nachlaß gehörenden Sachen bereits ergriffen hat, unterscheidet sich sein Besitz an diesen Sachen in keiner Weise von dem ihm an anderen nicht zur Erbschaft gehörenden Sachen zukommenden Besitz und geht deshalb der Besitz des Vorerben nicht auf den Nacherben, sondern nach § 857 auf den Erben des Vorerben über"[91]). Eine weitere Einschränkung des Besitzerwerbs durch den Nacherben bringt Reinach[92]). Auch nach ihm geht der Besitz gemäß § 857 auf den Nacherben über, wenn der Vorerbe noch keinen Besitz an den Nachlaßgegenständen ergriffen hat; dann aber gehe der Besitz nach § 857 nur über, wenn der Vorerbe stirbt und der Nachlaß (des Erblassers) deutlich erkennbar sei, besonders also bei mittelbarem Besitz oder Besitz, ausgeübt durch Besitzdiener.

Demgegenüber wird von anderer Seite eine verschiedene Behandlung danach, ob der Vorerbe körperlichen Besitz ergriffen hat oder nicht, abgelehnt. Maenner[93]) läßt den Besitz auf einen Erben nur dann übergehen, wenn er unmittelbar auf den Erblasser folgt. Infolgedessen könne nur der Erbe des Vorerben Besitzer des Nachlasses nach § 857 werden, nicht aber der Nacherbe. Aus der Bestimmung des § 2130, die eine Verpflichtung des Vorerben und dessen Erben gegenüber dem Nacherben auf Verwaltung und ordnungsgemäße Rückgabe der Nacherbschaft begründe, gehe hervor, daß der Gesetzgeber zur Erfüllung dieser Verbindlichkeiten dem Erben des Vorerben den Besitz zuerkannt habe. Auch nach Planck-Brodmann[94]) treffe der § 857 den Fall der Nacherbfolge nicht. Die Vorschrift des § 857 bezwecke nur, die beim Erbgang gesetzlich bestimmte Kontinuität der Rechtsverhältnisse auch für die Besitzverhältnisse zu bestimmen und daher hätte, wo jene Kontinuität der Rechtsverhältnisse unterbrochen werden könne und unterbrochen werde, Kontinuität in den Besitzverhältnissen keinen Sinn. In dem Zeitpunkt, in dem die Nacherbfolge eintrete, bestehe ein Besitz des Erblassers nicht mehr und auf den Besitz des Erblassers finde § 857

---

[91]) Uebereinstimmend: Kober, Anm. IV, 2d zu § 857 und Anm. 1 zu § 2139; Endemann, S. R. II, 1, § 37,2; Holste a. a. O., S. 10; Ulich a. a. O., S. 43; Bambach a. a. O., S. 42; Graf Wartensleben a. a. O., S. 42.

[92]) a. a. O., S. 56.

[93]) S. R. § 16.

[94]) Anm. 4 zu § 857 BGB.

im Verhältnis zu dessen Erben Anwendung, nicht im Verhältnis zum Nacherben, der nicht Erbe des Vorerben ist. Unhaltbar sei namentlich auch die Meinung, daß jedenfalls der ausschließlich auf Grund des § 857 erworbene Besitz des Vorerben auf den Nacherben kraft Gesetzes übergehe. Denn auch ein nur so erworbener Besitz eines Erben gehe nach § 857 auf dessen Erben über und es sei nicht einzusehen, weshalb das anders sein sollte, wenn mit der Erbfolge Nacherbfolge zusammentrifft. Schliewen schließlich sagt im RGRK[95]): „Ein Besitzerwerb des Nacherben gemäß § 857 wird regelmäßig durch den Besitz des Vorerben ausgeschlossen, auch vom Vorerben erwirbt der Nacherbe nicht den Besitz; § 857 trifft diesen Fall nicht“[96]).

Hinsichtlich des beim Vorerben befindlichen mittelbaren Besitzes sind die Meinungen wesentlich einheitlicher.

Der mittelbare Besitz des Vorerben teilt, wie das auch beim Gesellschaftsbesitz und dem Mitbesitz beim anteilsberechtigten Abkömmling bei fortgesetzter Gütergemeinschaft zu bemerken war, das Schicksal des zu Grunde liegenden Rückgabeanspruches (§ 870 BGB). Soweit der Vorerbe mittelbaren Besitz an den zur Erbschaft gehörigen Sachen hatte, wird von dem Nacherben als dem Berechtigten mit dem Rückgabeanspruch an diesen Sachen auch der Besitz erworben, gleichgültig, ob der Fall der Nacherbfolge vom Vorerben erlebt wird oder bei dessen Tode eintritt[97]).

Wie die bisherige Untersuchung zeigt, läßt die jetzige Fassung des Gesetzes hinsichtlich einer zweckmäßigen Besitzregelung bei der Nacherbschaft die nötige Klarheit vermissen. Vorschläge zu einer entsprechenden Neugestaltung können sich daher nur aus einer Abwägung der Interessenlage ergeben.

Einige bereits an anderer Stelle dieser Arbeit gemachten Ausführungen scheinen für einen unmittelbaren Besitzerwerb durch den Erben des Vorerben auch an den zu der Nacherbschaft gehörenden Sachen zu sprechen. Es ist gerade der Sinn des Erbbesitzes, daß der Erbe schon vor tatsächlichem Antritt der Erbschaft Besitz an *allen* Sachen erwirbt, die der Erb-

---

95) Anm. zu § 875 BGB.

96) Einen Besitzerwerb des Nacherben nach § 857 lehnen ferner ab: **Binder** a. a. O., S. 60; **Crull** a. a. O., S. 59.

97) Für die herrschende Meinung: **Kober** Anm. IV, 2d zu § 857: auch **Strohal**, 3. Aufl. 1903/04, II, S. 73/74 vertritt den gleichen Standpunkt und dürfte von Holste a. a. O., S. 18 mißverstanden worden sein.

lasser besessen hat, gleichgültig ob der Erbe mit dem Besitz auch das Recht zum Besitz verbindet. Es soll hierdurch erreicht werden, daß es dem Erben, der dem Nachlaß tatsächlich am nächsten ist, möglich sei, dem Berechtigten die diesem rechtlich zustehenden Sachen in ihrem Bestande zu erhalten. Er kann dies zweckmäßig nur, wenn ihm dabei unmittelbar vom Erbfall an der Besitz mit allen seinen verschiedenen Wirkungen von Gesetzes wegen zuerkannt wird. Hierbei ist es einerlei, ob es sich um Eigen- oder Fremdbesitz beim Erblasser gehandelt hat.

Folgerichtig müßte deshalb der Besitz des Vorerben auch an den zur Nacherbschaft gehörigen Sachen auf dessen Erben übergehen; das um so mehr, als eine Ausübung des Besitzes an den Nachlaßsachen unmittelbar vom Nacherbfall an dem Nacherben schon hinsichtlich der Feststellung der Zugehörigkeit der einzelnen Sachen zum Nachlaß Schwierigkeiten bereiten könnte.

Außer diesem juristisch scheinbar zwingenden Grunde spricht nach der heutigen Rechtsordnung aber noch ein anderer Gesichtspunkt dafür, daß der Erbe des Vorerben Besitz auch an den Nacherbschaftsgegenständen erhält. Gemäß § 2130 kann der Nacherbe vom Vorerben oder dessen Erben jederzeit Herausgabe der Nacherbschaft verlangen und sich so zu beliebiger Zeit in den Besitz setzen. Wäre der Nacherbe schon mit dem Nacherbfall unmittelbarer Besitzer geworden, so wäre die Bestimmung des § 2130 bedeutungslos.

Bei diesen Erwägungen über die Kontinuität des Besitzes, die für eine Besitzerlangung in der Hand des Erben des Vorerben sprechen, ist aber ein Gedankengang unberücksichtigt geblieben, der fraglos dem § 857 innewohnt. Gemeint ist der Gedanke, daß die Erbschaft als Summe von Rechten und Pflichten dem Erben gleichzeitig auch den Besitz an den Erbschaftssachen sofort vermitteln soll, damit die Erbschaft als solche zusammenbleibt.

Im Regelfalle einer einfachen Erbschaft vereinigt sich der Gedanke der Besitzkontinuität und der des Zusammenbleibens der Erbschaft in der Person des Erben. Ganz anders aber liegt der Sachverhalt beim Eintritt einer Nacherbschaft mit dem Tode des Vorerben. Hier spricht der Gedanke der Besitzkontinuität für den Erben des Vorerben, der Gedanke des Zusammenhalts der Erbschaft weist aber zwingend auf einen unmittelbaren Besitzerwerb des Nacherben hin. Rechtsnach-

folger des Vorerben ist zwar dessen Erbe; Erbe hinsichtlich der Nacherbschaft ist aber der Nacherbe. Gerade dieses Auseinanderfallen der beiden dem § 857 innewohnenden Gedanken hatte die Fülle der in der Wissenschaft vertretenen Meinungen hervorgerufen, die eben wiedergegeben worden ist.

Die Frage, ob dem Kontinuitätsgedanken des Besitzes oder dem des Zusammenbleibens der Erbschaft der Vorzug zu geben ist, ob also dem Erben des Vorerben oder dem Nacherben der Besitz zuzuerkennen ist, kann nur entschieden werden nach einer Prüfung, wer näher daran ist, den Besitz zu erhalten. Es müssen infolgedessen die einzelnen Wirkungen des Erbbesitzes für den Erben des Vorerben oder den Nacherben berücksichtigt werden.

Die augenfälligste Bedeutung des Erbbesitzes ist die Zuerkennung der Besitzschutzmittel, die, wie Seite 37 ff. ausgeführt, den Erben instand setzt, sich jeder Besitzstörung oder Besitzentziehung auch vor einer Besitzergreifung erwehren zu können. Vergegenwärtigt man sich die Vorteile des § 857, die in Verbindung mit den Besitzschutzmitteln eine Beibehaltung des Erbbesitzes für die Rechtsordnung empfehlenswert erscheinen lassen, wird folgendes erkennbar: Die Zuerkennung der Besitzschutzmittel dient nicht nur einer schnellen, wenn auch nur vorläufigen Regelung und Klarstellung der Besitzverhältnisse am Nachlaß nach dem Erbfall, sondern die Hauptbedeutung ist darin zu erblicken, daß der materiell berechtigte Erbe, der aus Beweisschwierigkeiten nicht seine Klagen aus dem Recht anstrengen kann, in den Besitzschutzklagen der §§ 861 f. die einzige Möglichkeit hat, auch vor einer Besitzergreifung des Nachlasses diesen gegen Eingriffe Dritter zu schützen und so in seiner Gesamtheit zu erhalten. Die Besitzschutzklagen sind also bedeutungsvolle Hilfsmittel des Erben als Rechtsträgers, der sich in seiner Rechtssphäre noch nicht zurechtgefunden hat. Entsteht also die Frage, ob der Kontinuitätsgedanke oder der des Zusammenhalts der Erbschaft den Vorzug verdient, so muß diese im letzten Sinne beantwortet werden. Der Nacherbe ist also vom Blickpunkt der Besitzschutzmittel her näher daran, den Erbbesitz zu erhalten.

In weiterem Rahmen als die Klage aus § 861 dient, wie Seite 42 f. geklärt ist, die Fahrnisklage des § 1007 BGB in Verbindung mit § 857 BGB dem Erben dazu, die vor einem tatsächlichen Antritt der Erbschaft von Dritten entnommenen Nachlaßsachen zurückzugewinnen. Die soeben gege-

bene Begründung, die voll auch für § 1007 BGB Geltung beansprucht, macht klar, daß auch hierbei der Nacherbe näher daran ist, den Besitz zu erhalten. Entsprechendes wäre zur condictio possessionis des früheren Erbbesitzers zu sagen, die sich, wie Seite 44 f. ausgeführt, als ein notwendiges Schutzmittel in der Hand des Erben darstellt.

Daß der Nacherbe näher daran ist, den Besitz zuerkannt zu erhalten, ergibt sich auch aus § 823 BGB, insoweit er Schadensersatzansprüche wegen Verletzung des Erbbesitzes gewährt. Schon eine oberflächliche Gegenüberstellung läßt erkennen, daß § 823 in Verbindung mit § 857 dem Erben des Vorerben — im Gegensatz zum Nacherben — nur von geringem Nutzen sein kann.

Für eine Besitzzuweisung an den Nacherben sprechen außerdem die Vorteile, die sich aus der Eigentumsvermutung des § 1006 BGB in Verbindung mit § 857 zu Gunsten des Erbbesitzers ergeben. Wie die Ausführungen Seite 46 ff. zeigen, schafft ja gerade die Eigentumsvermutung dem Erbbesitzer hinsichtlich der über sein Eigentum an Nachlaßsachen angestrengten Prozesse als Kläger und als Beklagtem Beweiserleichterungen von unschätzbarem Wert.

In gleicher Weise sprechen die Vorteile, die sich aus einer Fortsetzung der Ersitzung über den Tod des Erblassers aus § 937 BGB in Verbindung mit § 857 BGB für den Erben ergeben, ausschließlich für eine unmittelbare Besitzzuteilung an den Nacherben. Wie Seite 48 ff. erklärt worden ist, liegt der Sinn des § 857 in seiner Auswirkung auf den Erwerb des Eigentums gemäß §§ 937 ff. BGB gerade in der Möglichkeit für den Erben, die vom Erblasser begonnene Ersitzung fortzusetzen. Es ist daher nur folgerichtig, wenn man zu dem Schluß kommt, auch den Nacherben instand zu setzen, eine vom Erblasser begonnene und vom Vorerben fortgesetzte Ersitzung zu beendigen.

Die größte Bedeutung für den Rechtsschutz des Erben kommt, wie Seite 54 ff. entwickelt wurde, der Bestimmung des § 857 BGB in Verbindung mit § 935 BGB zu. Ohne die Bestimmung des § 857 BGB würde ein Erbe das Eigentum am Nachlaß nach § 932 BGB immer dann verlieren, wenn vor einer Besitzergreifung durch ihn eine Sache ohne seinen Willen aus dem Nachlasse verschwindet und an einen gutgläubigen Dritten veräußert wird. Dieses in der Mehrzahl der Fälle unbillige Ergebnis wird allein dadurch verhütet, daß dem Erben mit dem Erbfall Besitz zugebilligt

wird und sodann die unerlaubte Entziehung von Nachlaßsachen oder Veräußerung von Nachlaßsachen durch vermeintliche Erben ein Abhandenkommen mit der Folge des § 935 BGB bedeutet. Es bedarf keiner weiteren Begründung, daß dieser Gedankengang zwingend zu einer Besitzzuteilung an den Nacherben führt, der der §§ 857 und 935 BGB zur Erhaltung seines Eigentums am Nachlaß und somit zum Schutz der Erbschaft gegenüber dem Vorerben oder dessen Erben sowie Dritten bedarf.

Die Untersuchung hat also ergeben, daß der Kontinuitätsgedanke gegenüber dem Gedanken des Zusammenhalts der Erbschaft nicht von Bestand sein kann. Es muß deshalb die künftige Rechtsordnung Vorsorge treffen, daß der Erbbesitz mit dem Tode des Vorerben unmittelbar auf den Nacherben übergeht. Das hat um so mehr zu gelten, als gefühlsmäßig ebenfalls alles für eine Zuweisung der Besitzerstellung an den Nacherben spricht.

Demgegenüber hat das eingangs zu Gunsten des Erben des Vorerben angeführte weitere Argument der tatsächlichen Schwierigkeit, Nacherbschaft und sonstiges Vermögen des Vorerben auseinanderzuhalten, keine Bedeutung. Es ist dies nur ein tatsächlicher Grund, der die eben gegebene Begründung nicht zu entkräften vermag.

Nachdem geklärt ist, daß sämtliche materielle Wirkungen des § 857 dafür sprechen, den Erbbesitz auf den Nacherben übergehen zu lassen, bleibt noch die Frage zu klären, ob der Nacherbe diesen Besitz vom Vorerben oder bereits vom Erblasser erwerben soll.

Wenn man sich vergegenwärtigt, daß mit Eintritt der Nacherbfolge der Vorerbe aufhört, Erbe zu sein, und der Nacherbe Erbe des Erblassers wird, so könnte man den Wortlaut des § 857 für einen unmittelbaren Besitzerwerb des Nacherben vom Erblasser anführen. Es sind ja doch Vorerbe und Nacherbe eine besondere Art der Erbengemeinschaft, nur nicht zeitlich nebeneinander, sondern nacheinander angeordnet. So wie aber bei einer wahren Erbengemeinschaft der Erbbesitz vom Erblasser gleichzeitig auf alle Erben übergeht, müßte er auch von dieser unechten Erbengemeinschaft nach § 857 erworben werden, wenn auch nicht zur gleichen Zeit. Der Fall läge also ähnlich, als wenn ein nasciturus neben einem lebenden Erben Erbe wird. Hier kann der nasciturus auch erst mit der Geburt — also zu einem späteren Zeitpunkt als dem des Todesfalles des Erblassers —

Erbbesitz erwerben. Auch hier ist also zeitlich uneinheitlicher Erwerb des Erbbesitzes gegeben.

Aus folgenden praktischen Erwägungen aber geht hervor, daß der Nacherbe den Besitz nicht so erlangen kann, wie ihn der Erblasser gehabt hat, sondern so, wie er sich in der Hand des Vorerben im Zeitpunkt des Eintrittes der Nacherbfolge darstellt:

1. Hat der Vorerbe mit Mitteln der Vorerbschaft durch Rechtsgeschäft etwas erworben oder liegt ein sonstiger Fall der dinglichen Ersetzung im Sinne des § 2111 BGB vor, so könnte der Nacherbe an diesen Gegenständen keinen Besitz erwerben, wenn entscheidender Zeitpunkt der des Todes des Erblassers für den Erwerb wäre. Da aber alles dafür spricht, dem Nacherben den Besitz an *allen* Erbschaftsgegenständen einheitlich zu verschaffen, müßte angeordnet werden, daß er den Besitz so erwirbt, wie ihn der Vorerbe zuletzt gehabt hat.
2. Würde man den dem Erblasser gehörigen Besitz auf den Nacherben „übergehen" lassen, so würde er auch an einer Sache nicht Besitz erwerben, die der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes verloren und die der Vorerbe später zur Erbschaft gezogen hat. Auch hieraus ergibt sich die Notwendigkeit eines Besitzerwerbes für den Nacherben unmittelbar vom Vorerben.
3. Ebenso widersinnig wäre es, wollte man sagen, daß der Nacherbe vom Erblasser mittelbaren Besitz erwirbt, wenn der Vorerbe das Besitzmittlungsverhältnis aufgelöst und die Sache in unmittelbaren Besitz genommen hatte. Hier kann verständlicherweise der Erbe nur unmittelbaren Besitz erwerben.

Aus diesen Fällen geht hervor, daß der Nacherbe den Besitz nur so erwerben kann, wie ihn der *Vorerbe* zuletzt gehabt hat. Daraus folgt, daß der Nacherbe dann keinen Besitz erwirbt, wenn der Vorerbe im Zeitpunkt der Nacherbschaft eine Sache nicht mehr im Besitz hatte, die beim Tode des Erblassers noch in dessen Besitz gestanden hat. Hatte der Vorerbe schließlich eine Sache, deren Besitz er nach § 857 erworben hatte, im Zeitpunkt des Nacherbfalls überhaupt noch nicht in Besitz genommen, so würde der Nacherbe folgerichtig auch diesen Erbbesitz vom Vorerben erwerben.

Ist aber festgestellt, daß ein Besitzerwerb des Nacherben nur in der Weise möglich sein kann, daß er den Besitz vom

Vorerben und nicht vom Erblasser erhält, so fragt es sich, ob die heutige gesetzliche Regelung einen solchen Rechtserfolg herbeizuführen in der Lage ist. Schon der Umstand, daß keine der vielfältigen Ansichten der Wissenschaft den Besitz vom Vorerben unmittelbar auf den Nacherben übergehen läßt, deutet darauf hin, daß das BGB die vorgeschlagene Regelung nicht zuläßt. Tatsächlich läßt sich der hier vertretene Standpunkt mit dem BGB schon deshalb nicht in Einklang bringen, weil der Nacherbe eben nicht Rechtsnachfolger des Vorerben und also für einen unmittelbaren Besitzübergang von diesem auf jenen § 857 nicht herangezogen werden kann. Das ist aber der tiefere Grund, weshalb die Meinungen der Wissenschaft, die den rechtlich billigen und gefühlsmäßig einzig möglichen Standpunkt des Besitzerwerbs durch den Nacherben vertreten, sämtlich Stückwerk bleiben mußten.

In eine zukünftige Rechtsordnung muß deshalb eine neue Bestimmung Eingang finden, deren Formulierung aber erst festgestellt werden kann, nachdem auch die Rechtslage für den Fall geprüft ist, daß der Nacherbfall bereits zu Lebzeiten des Vorerben eintritt.

Die bisherigen Untersuchungen betrafen nur den Fall des Eintritts der Nacherbfolge mit dem Tode des Vorerben. Tritt nun die Nacherbfolge bereits zu Lebzeiten des Vorerben ein, so entsteht dadurch eine besondere Schwierigkeit, daß der Vorerbe — der möglicherweise vom Eintritt der Nacherbfolge gar keine Kenntnis hat — die Nachlaßgegenstände immer noch in Besitz behält. Es wäre mit dem heutigen Besitzbegriff nicht vereinbar, wollte man sagen, daß dieser Besitz nun plötzlich nicht mehr dem Vorerben, sondern dem Nacherben zusteht. Man könnte an Umwandlung des Besitzverhältnisses in ein Besitzdienerschaftsverhältnis des Vorerben denken. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß sich der Besitz als tatsächliches Herrschaftsverhältnis ohne äußerlich sichtbare Veränderungen nicht plötzlich in Nichtbesitz verwandeln kann. Abgesehen davon liegen die Voraussetzungen des § 855 BGB nicht vor.

An den Nachlaßsachen also, die der Vorerbe tatsächlich in Besitz genommen hat und die er zuletzt immer noch unmittelbar besitzt, kann deshalb ein Besitzerwerb des Nacherben ebensowenig eintreten wie an den Surrogaten des § 2111 BGB und an den Gegenständen, die der Erblasser verloren, der Vorerbe aber zur Erbschaft gezogen hatte. Hier muß es bei dem Besitz des Vorerben verbleiben. Der Nacherbe hat hier nur den Herausgabeanspruch des § 2130 BGB. Es kann

deshalb auch in einer späteren Rechtsordnung insoweit bei der heutigen Regelung verbleiben. Im Gegensatz zum Eintritt der Nacherbfolge beim Tode des Vorerben widerspricht nämlich die heutige gesetzliche Regelung hierbei keineswegs dem Volksempfinden.

Die vorstehende Regelung kann aber nicht gelten, wenn der Vorerbe die Nachlaßgegenstände, an denen er gemäß § 857 Besitz erworben hatte, noch nicht tatsächlich ergriffen hat. Hier steht nichts im Wege, den nur vergeistigten Erbbesitz des Vorerben mit dem Nacherbfalle auf den Nacherben übergehen zu lassen. Die heutige Regelung allerdings läßt eine solche Auffassung nicht zwingend erkennen.

Keine nennenswerten Schwierigkeiten bestehen hinsichtlich derjenigen Sachen, an denen der Vorerbe nur mittelbaren Besitz hat. Der Rückforderungsanspruch gehört zur Nacherbschaft, sodaß der Nacherbe sofort mit dem Nacherbfall gemäß § 870 BGB den mittelbaren Besitz erwirbt.

Die künftige Regelung wird deshalb vorsehen müssen, daß der Nacherbe im Falle des Eintritts der Nacherbfolge den Besitz an den zur Nacherbschaft gehörigen Gegenständen in derselben Besitzlage erwirbt, wie sie der Vorerbe innehatte. Im Falle des Eintritts der Nacherbfolge zu Lebzeiten des Vorerben behält der Vorerbe den tatsächlich ergriffenen unmittelbaren Besitz an den Nachlaßsachen.

ff) Wesentlich einfacher liegt die Besitzregelung des § 857 am Nachlaß eines Bauern. Auch hier geht das Recht zum Besitz an einzelnen Erbschaftsgegenständen auf einen anderen über als den Erben nach § 1922 BGB. Der Unterschied zu den bisher untersuchten Fällen ist darin zu erblicken, daß der Gesetzgeber in § 19 RErbhG ausdrücklich klärend bestimmt, der Erbhof bilde beim Tode des Bauern hinsichtlich der gesetzlichen Erbfolge und der Erbteilung „einen besonderen Teil der Erbschaft" und gehe „kraft Gesetzes ungeteilt auf den Nacherben über". Damit ist deutlich gemacht, daß der „Anerbe" (§ 19 RErbhG) dem „Erben" (§ 1922 BGB) hinsichtlich des Erbhofes (§§ 7 ff. RErbhG) gleichgestellt ist. Die Anerbenfolge stellt sich so dar als „Gesamtnachfolge in ein Sondervermögen" und „als Gesamtnachfolger ist der Anerbe Erbe"[98]). Ebenso wie der Erbe des BGB tritt der Anerbe unmittelbar mit dem Tode des Erblassers an dessen

[98]) Hennig, Das Reichserbhofgesetz, Berlin 1935, Anm. III, 2.

Stelle[99]), und der Anerbe wird nach § 857 BGB Besitzer an dem Erbhof[100])[101]).

Bei dieser gesetzlichen Regelung dürfte sich eine Aendes Gesetzes erübrigen.

c) Regelung des Besitzerwerbs beim Erbfall an Sachen, die der Erblasser in mittelbarem Besitz hatte.

Obwohl in der Wissenschaft die Meinung vertreten wird[102]), daß der § 857 nur Geltung für die Sachen habe, die der Erblasser in unmittelbarem Besitz hatte, muß man, wie schon an anderer Stelle betont wurde[103]), annehmen, nach dem Wortlaute des § 857 umfasse dieser den Besitzerwerb an allen vom Erblasser im Zeitpunkt seines Todes besessenen Sachen, gleichgültig, ob dieser Besitz ein unmittelbarer oder mittelbarer war. Es darf aber nicht übersehen werden, daß der mittelbare Besitz die Folge eines Rechtsverhältnisses, eines Herausgabeanspruches ist (§ 868 BGB) und mit diesem entsteht und untergeht. Es ist der Inhaber des Herausgabeanspruches notwendigerweise auch der mittelbare Besitzer der Sache, die den Gegenstand des Herausgabeanspruchs bildet. Die soeben abgeschlossenen Besprechungen des Besitzes beim Tode eines Gesellschafters[104]), eines die allgemeine Gütergemeinschaft fortsetzenden Abkömmlings[105]) und bei der Nacherbfolge[106]) zeigen, daß mit gesetzlicher ebenso wie rechtsgeschäftlicher Abtretung des Herausgabeanspruches der mittelbare Besitzer seinen Besitz verliert und dieser von da ab dem Zessionar zusteht; es ist auch dargelegt worden, daß mit dem Uebergang des Rückgabeanspruches beim Erbfall und Nacherbfall eines mittelbaren Besitzers auch der mittelbare Besitz an den Gegenstand des Anspruchs bildenden Sachen vom Erben erworben wird (§§ 870, 868 BGB). Einer Bestim-

---

[99]) Vgl. auch: Siefert, Das Reichserbhofrecht (2. Aufl. Karlsruhe 1934), Anm. zu § 19; Vogels, Reichserbhofgesetz (4. Aufl. Berlin 1937) Anm. zu § 19.

[100]) So auch besonders: Siefert Anm. 2 zu § 19.

[101]) Am freien Vermögen des Bauern wird der Anerbe gemäß § 857 neben anderen Erben Mitbesitzer, soweit er Miterbe ist.

[102]) Vgl. S. 80 und das dort Anm. 2 angegebene Schrifttum.

[103]) a. a. O.

[104]) S. 183.

[105]) S. 186.

[106]) Vgl. S. 187.

mung wie § 857 bedarf es für die „Vererbung" des mittelbaren Besitzes weder nach heutigem noch nach künftigem Recht.

Diese Rechtslage dürfte sich auch im kommenden Recht aus dem Gesetz ergeben, weshalb sich eine besondere Ausschließung des „mittelbaren Besitzerwerbes" durch den Erben von der Bestimmung des § 857 künftig erübrigen dürfte.

d) Besitzerwerb nach § 857 kein Erwerb des Besitzes im Sinne des § 1007, III und § 937, II BGB.

Wie aus der Reihe der verschiedenen Auswirkungen des § 857 in Verbindung mit den einzelnen Gesetzesbestimmungen zu ersehen ist[107]), dient die Klage des § 1007 in Verbindung mit § 857 der Rückgewinnung von beweglichen Sachen, die dem Erben oder auch schon dem Erblasser entwendet wurden. Die Fahrnisklage des § 1007 bringt in Verbindung mit § 857 dem Erben die verschiedensten Vorteile.

Grundlage dieser Vorteile ist der § 1007, III, wonach der frühere Besitzer nur nachzuweisen hat, daß er im Zeitpunkt des Erwerbes seines Besitzes gutgläubig war und den Besitz freiwillig nicht aufgegeben hat. Da infolge des § 857 BGB Erbe und Erblasser hinsichtlich ihrer Besitzstellung als eine Person anzusehen sind, kommt für den Zeitpunkt gutgläubigen Besitzerwerbs nur der Besitzerwerb des Erblassers, nicht dagegen der Erbbesitzerwerb des Erben in Frage.

Da § 1007 ganz allgemein von dem Erwerbe des Besitzes spricht und dazu noch in einem künftigen Recht der Erwerb des Besitzes nach § 857 als dritter Erwerbstatbestand echten Besitzes hervorgehoben werden soll, ist es im Interesse größerer Gesetzesklarheit nötig, in § 1007 kenntlich zu machen, daß als Zeitpunkt des gutgläubigen Besitzerwerbes nur der Besitzerwerb des Erblassers gemeint sein kann. Dies geschieht wohl am besten durch eine Fassung des § 1007, III, daß der Anspruch dann ausgeschlossen sei, wenn der frühere Besitzer „bei dem Erwerbe des Besitzes (§ 854, I und § 854, II) nicht in gutem Glauben war oder wenn er den Besitz aufgegeben hat".

Ganz ähnlich ist die Rechtslage bei der Ersitzung. Auch hier ist die Ersitzung ausgeschlossen, wenn der Erwerber bei dem Erwerbe des Eigenbesitzes nicht in gutem Glauben war. Entscheidender Zeitpunkt ist hier ebenfalls der Besitzerwerb

---

[107]) S. 112 ff.

durch den Erblasser. Die Ersitzungszeit wird durch den bloßen Erbbesitz nicht unterbrochen, da ja der Eigenbesitz des Erblassers vom Erben wieder als Eigenbesitz erworben wird. Das ändert sich erst, wenn der bösgläubige Erbe die Sache tatsächlich in Besitz nimmt. Der Erwerb des bloßen Erbbesitzes ist also bedeutungslos im Sinne des § 937 BGB, nicht aber die beiden anderen Besitzerwerbsarten des § 854, I und II BGB. Es wird deshalb in einem künftigen Volksrecht bei § 937, II zwischen die Worte „Erwerb des Eigenbesitzes" und „nicht in gutem Glauben" einzufügen sein: „(§ 854, I und II)".

e) Einschränkung des Erbbesitzes in Zusammenhang mit gutgläubigem Eigentumserwerb.

Die große Bedeutung des Erbbesitzes liegt u. a. darin, daß die Erbschaftssache als dem Erben abhandengekommen anzusehen ist, wenn sie von irgendeinem Nichterben ergriffen wird. Hierin liegt über § 935 ein bedeutender Schutz für das Eigentum des Erben, der die Nachlaßgegenstände noch nicht in Besitz genommen hat.

Ob nun aber dieser Grundsatz in seiner vollen Durchführung dem Volksempfinden entspricht, bedarf besonderer Prüfung.

Entsprechend dem Gesagten ist nach heutiger Rechtsordnung in folgenden 5 Fällen die veräußerte Sache übereinstimmend dem Erben abhanden gekommen, sodaß ein gutgläubiger Erwerb ein für alle Mal ausgeschlossen ist.

1. Beispiel: Nach dem Tode des Erblassers nimmt ein Dritter, z. B. die unzuverlässige Wirtschafterin des Verstorbenen, dessen goldene Uhr an sich und veräußert sie an den gutgläubigen G.
2. Beispiel: Der Sohn des Verstorbenen hält sich für den Erben seines Vaters und veräußert die Uhr an einen gutgläubigen Dritten. Später stellt sich aus einem aufgefundenen Testament heraus, daß ein Anderer Erbe ist. Entsprechend liegt der Fall, wenn das Testament des veräußernden Testamentserben durch Anfechtung hinfällig wird.
3. Beispiel: Der Sohn veräußert die Uhr, schlägt nachher aber die Erbschaft aus, weil er z. B. von ihrer Ueberschuldung erfährt.
4. Beispiel: Der Sohn wird nach der Verfügung über einen Nachlaßgegenstand für erbunwürdig erklärt.

5. Beispiel: Der Sohn nimmt in den Fällen 2 bis 4 eine Verfügung über Nachlaßsachen vor, nachdem er weiß, daß er nicht Erbe ist.

In allen 5 Fällen hatte der wahre Erbe den Besitz noch nicht tatsächlich angetreten.

Ohne weiteres wird klar, daß die Fälle 1 und 5 insofern miteinander verwandt sind, als in beiden Fällen der Veräußerer im Wege einer strafbaren Handlung tätig wird, während bei den Beispielen 2 bis 4 der Sohn sich für den Erben und deshalb für verfügungsberechtigt hält.

Schon eine oberflächliche Betrachtung dieser Gegenüberstellung macht aber deutlich, daß eine gleichartige Behandlung sämtlicher genannten Fälle in einer künftigen Rechtsordnung nicht vertretbar sein dürfte. Der Gutglaubenschutz läuft doch darauf hinaus, daß der Berechtigte bei Gutgläubigkeit des Erwerbers einen Rechtsverlust erleidet, weil die in dem Besitz des nicht berechtigten Veräußerers liegende Publizität stärker sei als das Recht selbst. Nur dann soll das nicht gelten, wenn die Besitzpublizität des Berechtigten ohne dessen Zutun zu Gunsten des Nichtberechtigten aufgehoben worden ist. Hier soll der Erwerber in seinem Glauben an die Publizität nicht geschützt werden (§ 935 BGB).

Eigentlich war ja in sämtlichen 5 Fällen beim Erben als dem Berechtigten eine Besitzpublizität noch gar nicht begründet, als die Veräußerung erfolgte, da er die Sache noch nicht in die Hand genommen hatte. Es ist deshalb zu prüfen, ob der bloße Erbbesitz dieselbe Wirkung des § 935 in allen Fällen herbeiführen kann.

Es wurde Seite 54 ff. gerade als besonderer Vorteil des Erbbesitzes bezeichnet, daß es damit ermöglicht werde, dem Erben über § 935 sein Eigentum gegen rechtswidrige Entziehung einmal für immer zu erhalten. Es ist also ein Bedürfnis anzuerkennen, daß im 1. Beispiel Gutglaubenschutz ausgeschlossen sei. Da die Fälle 1 und 5 aber eine Gruppe bilden, spricht vieles auch für eine Einbeziehung des letzten Falles in § 935. Tatsächlich muß auch insoweit der Schutz des Erben dem Schutz des redlichen Erwerbers vorgehen.

Anders aber steht es mit den Fällen 2 bis 4. Daß diese Beispiele eine besondere Stellung einnehmen, weil ja doch ein vermeintlicher Erbe veräußert, wird sogar vom BGB anerkannt. In 2 Fällen nämlich engt das Gesetz den § 935

BGB bei der Veräußerung durch einen vermeintlichen Erben ein: bei § 1959, II und bei § 2366 BGB. Nach § 1959, II bleibt eine vor der Ausschlagung getroffene Verfügung des vorläufigen Erben dann wirksam, wenn sie nicht ohne Nachteil für den Erben verschoben werden kann; und in § 2366 sieht das BGB den gutgläubigen Dritterwerber für schutzbedürftiger als den Eigentümer an, wenn der Veräußerer im Besitz eines Erbscheines ist.

Liegt bei den Fällen 2 bis 4 eine der beiden Ausnahmen vor, dann ist also gutgläubiger Erwerb möglich. Fraglich bleibt nur, ob nicht die vom BGB gemachte Beschränkung im Falle der Veräußerung durch einen vermeintlichen Erben zu eng ist, sodaß auch beim Nichtvorliegen der Voraussetzungen der §§ 1959, II und 2366 Gutglaubenschutz gegeben erscheint.

Eine Erweiterung der Vorschriften zu Gunsten derjenigen, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, ist schon vom Gesetzgeber des BGB erwogen, schließlich aber ausdrücklich abgelehnt worden[108]) mit der Begründung, daß im Interesse des Rechtsverkehrs bereits durch die Einrichtung des Erbscheins Fürsorge getroffen worden sei. „In denjenigen Fällen aber, in welchen ein Erbschein nicht zu erlangen sei oder in welchen man aus anderen Gründen von der Benutzung der Einrichtung absehe, könne ein dringendes Bedürfnis, den gutgläubigen Erwerb von Nachlaßsachen durch eine besondere Vorschrift zu schützen, nicht anerkannt werden."

Diese Begründung, unter der die Erweiterung des Gutglaubenschutzes schließlich zu Fall kam, ist aber keineswegs überzeugend. Man kann ja doch ohne den Vorwurf eines traurigen Formalismus ernstlich nicht verlangen, daß sich der Veräußerer einer minderwertigen Sache einen möglicherweise außerordentlich teueren Erbschein beschafft, nur um dem Erwerber die Sicherheit eines einwandfreien Erwerbes zu ermöglichen. Daraus folgt, daß billigerweise in solchem Falle auch der Erwerber Vorlage des Erbscheins nicht verlangen kann. Ist das aber so, dann muß hier der Schutz des guten Glaubens einsetzen. Dies gilt um so mehr, als die Prüfung der Frage, ob der Veräußerer wirklicher Erbe und damit zur Veräußerung befugt sei, dem Erwerber vielfache Schwierigkeiten machen wird. Unter diesen Schwierigkeiten aber darf man den Erwerber nicht leiden lassen. Mit Recht

[108]) Prot. V, S. 725.

ist hierauf schon — wenn auch ergebnislos — in der Zweiten Gesetzgebungskommission hingewiesen worden[109]). Wie aber auch von den Protokollen zugegeben werden mußte, hängt eine Ausdehnung des Gutglaubenschutzes Dritter „wesentlich von Erwägungen der Zweckmäßigkeit ab" und die „theoretische Frage, ob die Erweiterung dem Grundgedanken des Satzes ‚Hand muß Hand wahren' entspreche oder nicht, könne dahingestellt bleiben."

Tatsächlich kommt es auch entscheidend nicht darauf an, um jeden Preis das theoretische Prinzip zu wahren. Entscheidend ist allein das Lebensbedürfnis. Das aber dürfte dahin gehen, daß der wahre Erbe es gegen sich gelten lassen muß, wenn ein vermeintlicher Erbe in gutem Glauben an sein Recht eine Veräußerung über einen Nachlaßgegenstand vornimmt. Hier kann der nur vergeistigte Erbbesitz des wahren Erben nicht von solcher Kraft sein, daß ein redlicher Erwerb eines Dritten ausgeschlossen wäre. Es allein auf das Vorhandensein eines Erbscheins aber abzustellen, erscheint im höchsten Grade formalistisch. Der Erbe ist hier näher daran, den Verlust zu erleiden, als der Dritte.

Freilich soll damit die Bestimmung des § 2366 nicht völlig ihre Bedeutung verlieren. Abgesehen davon, daß sie ja den hier nicht zu behandelnden gutgläubigen Forderungserwerb durch den Dritten ermöglicht, findet sie auch bei Unterstellung des hier gemachten Vorschlages noch volle Anwendung, wenn der Veräußerer weiß, daß ihm Erbrechte nicht zustehen. Hier kann der Dritte gutgläubig nur dann erwerben, wenn der Veräußerer einen Erbschein besitzt.

Zusammenfassend ist deshalb zu sagen: Erwirbt der Gutgläubige von einem Erbscheininhaber, so ist er allemal geschützt. Ist das nicht der Fall, so kann er Eigentum nur dann erwerben, wenn er nachweist, daß der Veräußerer im Zeitpunkt der Veräußerung den Mangel seines Erbrechtes nicht kannte und auch nicht kennen mußte.

Es fragt sich, ob dieser Erfolg mit dem von der Kommission des BGB schließlich abgelehnten Vorschlage zu erreichen ist. Der Vorschlag ging dahin, in § 935, II dem Erwerber von Geld, Inhaberpapieren und beweglichen Sachen in öffentlichen Versteigerungen Sachen gleichzustellen, „die dem Erben vor der Ergreifung des Besitzes dadurch abhanden

---

[109]) Prot. V, S. 725.

gekommen sind, daß ein gutgläubiger Erbschaftsbesitzer sie in Besitz genommen hat." Wie unschwer zu erkennen ist, würde bei dieser Fassung auch der oben erwähnte Fall 5 schließlich zu einem Eigentumserwerb des Dritten führen. Ein solches Ergebnis wäre jedoch, wie die eingangs gemachte Gegenüberstellung der Fälle 1 und 5 ergeben hat, sogar höchst unerwünscht.

Die künftige Fassung wird deshalb als Satz 2 an § 935, II Satz 1 anzureihen sein und zu lauten haben: „Sie finden auch keine Anwendung auf Sachen, die dem Erben vor der Ergreifung des Besitzes dadurch abhanden gekommen sind, daß ein Erbschaftsbesitzer sie in Besitz genommen hat, sofern dieser bei der Veräußerung hinsichtlich seines Erbrechtes in gutem Glauben war."

γ) Zusammenfassung der einzelnen Forderungen für eine Neugestaltung des Gesetzes.

Für eine künftige Rechtsordnung ergeben sich die nachstehenden Forderungen:

1. Der Erbbesitz ist als selbständiger Erwerbstatbestand neben die bisherigen Erwerbstatbestände zu stellen, und der Erwerb hat in derselben Besitzlage zu erfolgen, wie sie der Erblasser inne hatte.

2. Es ist bei der Nacherbschaft eine Regelung zu treffen, daß der Nacherbe im Falle des Eintritts der Nacherbfolge den Besitz an den zur Nacherbschaft gehörigen Sachen in derselben Besitzlage erwirbt, wie sie der Vorerbe inne hatte. Im Falle des Eintritts der Nacherbfolge zu Lebzeiten des Vorerben behält der Vorerbe den tatsächlich ergriffenen unmittelbaren Besitz an den Nachlaßsachen.

3. Es ist in § 1007, III BGB zwischen die Worte „bei dem Erwerbe des Besitzes" und „nicht in gutem Glauben war", in § 937, II zwischen die Worte „bei dem Erwerbe des Eigenbesitzes" und „nicht in gutem Glauben war" einzufügen: „(§ 854, I und II)".

4. Es ist an § 935, II Satz 1 BGB als Satz 2 der Satz anzureihen: „Sie finden auch keine Anwendung auf Sachen, die dem Erben vor der Ergreifung des Besitzes dadurch abhanden kommen, daß ein Erbschaftsbesitzer sie in Besitz genommen hat, sofern dieser bei der Veräußerung hinsichtlich seines Erbrechtes in gutem Glauben war."

Schrifttum.

Albrecht: Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts, Königsberg 1828.

Albrecht, Karl: Der Besitz des Erben nach Bürgerlichem Recht, Erlanger Jur. Diss. 1905.

Bähr: Urtheile des Reichsgerichtes mit Besprechungen, München und Leipzig 1883.

Bambach: Ueber die Besitzvererbung, Erlanger Jur. Diss. 1907.

Behaghel: Badisches Landrecht 1869.

Behrend: Anevang und Erbengewere. Berlin 1885.

Bekker: Aphorismen zur Besitzlehre, Beiträge zur Auslegung des BGB, herausgegeben von Bernhöft und Binder, 1. Heft, Leipzig 1902.

— Der Besitz beweglicher Sachen nach der zweiten Lesung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1895, in Iherings Jahrb., Bd. 34, S. 1.

— Das Recht des Besitzes bei den Römern, Leipzig 1880.

Biermann: BGB Sachenrecht, 3. Aufl., 1914, Kommentar zum BGB (Heimann).

Binder: Die Rechtsstellung des Erben, I. Teil, 1901.

Bleckwenn: Die Rechtsnachfolge bei der Nacherbschaft, Göttinger Jur. Diss. 1905.

Boehm, J.: Das Erbrecht des Bürgerlichen Rechts, 2. Aufl. 1900.

Brodmann: §§ 854 bis 872, 929 bis 1007, 1030 bis 1089 in Plancks Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 1933.

Bruns: Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart, Tübingen 1848.

Cosack: Der Besitz des Erben, 1877.

— Das Sachenrecht mit Ausschluß des besonderen Rechtes der unbeweglichen Sachen im Entwurf

eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin 1889, 13. Heft. Beitr. z. Erläuterung u. Beurteilung des Entw. eines BGB für das Deutsche Reich (Becker u. Fischer).

— Die Vererblichkeit des Besitzes. Halle-Wittenberger Jur. Diss. 1877.

Cosack-Mitteis: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes, II. Bd., 7. und 8. Aufl., 1924.

Crome: Bearbeiter von Handbuch des französischen Zivilrechtes von Zachariä von Lingental, Freiburg i. Br., 1894.

— System des deutschen bürgerlichen Rechtes, III. Bd., 1905.

Crull: Besitz des Erben unter besonderer Berücksichtigung des Besitzbegriffes überhaupt nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Rostocker Jur. Diss. 1906.

Delbrück: Die dingliche Klage des deutschen Rechtes, Leipzig 1857.

Demelius: Oesterreichisches Sachenrecht, 1911.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches nebst drei Anlagen ergänzt von H. Jäntsch, 1899.

Ebbecke: §§ 2032—2063 Erbrecht in Plancks Kommentar zum BGB, 4. Aufl., 1930.

Eck: Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, fortgeführt von Rudolf Leonhard, Bd. II, 1. und 2. Aufl., Berlin 1904.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Sachenrecht, 1905.

— Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Erbrecht.

Engelmann: in Dernburg: Deutsches Erbrecht, V. Bd., 3. Aufl., 1911.

Escher: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, III. Bd., Das Erbrecht, Zürich 1936.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch, 8. Aufl., 1909.

Förster-Eccius: Preußisches Privatrecht 1897.

Flad: §§ 1922—1941, 1942—2031 in Plancks Kommentar zum BGB, 4. Aufl., 1930.

Friederichs: Der vorläufige Erbe, Kölner Jur. Diss. 1937.

Gierke, O.: Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem BGB, Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeßrecht des Deutschen Reiches, herausgegeben von Otto Fischer, Bd. I, S. 477.

— Deutsches Privatrecht, II. Bd., Sachenrecht, 1905.

Gierke, O.: Der Entwurf eines BGB und das deutsche Recht.
v. Glück: Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hallfeld, ein Kommentar. Nach des Verfassers Tode fortgesetzt von D. Christian Friedrich Mühlenbruch, 43. Teil, Erlangen 1843.
Greiff: §§ 2274—2385 Erbrecht in Plancks Kommentar zum BGB, 4. Aufl., 1930.
Grimm: Rechtsaltertümer, 2. Aufl., Göttingen 1854.
Hallstein: Anfall der Erbschaft in Rechtsvergleichendes
Heck: Grundriß des Sachenrechts, 1930.
Handwörterbuch, herausgegeben von Schlegelberger, Bd. II, Berlin 1929.
Hedemann: Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1924.
— Die Vermutung nach dem Recht des Deutschen Reiches, 1904, 11. Bd.: Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches, herausgegeben von Otto Fischer, S. 339.
Heusler: Die Gewere, 1872.
— Institutionen des Deutschen Privatrechts, Bd. I 1885; Bd. II 1886.
Hörle: Die Nachlaßpflegschaft nach §§ 1960, 1961 BGB in ZBlFG 9/756.
Holste: Die Vererbung des Sachbesitzes auf den Nacherben nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, Leipziger Jur. Diss. 1906.
Homeyer: Der Dreißigste, in Abhandlungen der Berliner akademisch-historisch-philosophischen Klasse 1864.
v. Ihering: Der Besitzwille, zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode, Jena 1889.
— De hereditate possidente, Berliner Jur. Diss. 1842.
— Ueber den Grund des Besitzschutzes, eine Revision der Lehre vom Besitz, 2. Auflage, Jena 1869.
Jaeger: Kommentar zur Konkursordnung und den Einführungsgesetzen, Berlin und Leipzig 1936.
Kipp: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes, V. Bd., Erbrecht, 8. Bearbeitung, 1930.
— In Lehrbuch des Pandektenrechtes von Dr. Bernhard Windscheid, Bd. I, 9. Aufl., Neubearbeitung 2. Aufl., 1906.
Kober: Sachenrecht, in von Staudingers Kommentar zum BGB, 10. Aufl., 1935.

Kniep: Der Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuches gegenübergestellt dem römischen und gemeinen Recht, Jena 1900.
Krainz: System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, aus dem Nachlaß herausgegeben und redigiert von Pfaff, vollständig umgearbeitet von Ehrenzweig, II. Bd., Wien 1917.
Krasnopolski: Oesterreichisches Erbrecht, aus dem Nachlaß herausgegeben und bearbeitet von Dr. Bruno Kafka, München-Leipzig-Wien 1914.
Kreß: Besitz und Recht, Nürnberg-Leipzig 1909.
Kretzschmar: Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches 1906.
Kübler: Erbrechtliche Betrachtungen, Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 3. Jahrg., 1936, Heft 2, S. 89.
Kuhlenbeck: Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze, 1899.
Lange: Grundfragen der Erneuerung des Erbrechtes in Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 2. Jahrg., 1935, Heft 6, S. 357.
Leinfelder: Die Regelung des Besitzes nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch im Vergleich zum römischen Recht, Erlanger Jur. Diss. 1930.
Leonhard, Rudolf: Anmerkungen zu Eck, Vorträge über das Recht des BGB, 1. und 2. Aufl., Berlin 1904.
— Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich und seine Beurteilung, Marburg 1891.
— Der Erbschaftsbesitz, Jena 1899, Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches, herausgegeben von Otto Fischer, II. Bd., Seite 313.
— Institutionen des römischen Rechtes, 1894.
Lindemann-Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 2. Aufl., 1923.
Maenner: Das Recht der Grundstücke nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche und der Grundbuchordnung für das Deutsche Reich, 1899.
— Das Sachenrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch und der Grundbuchordnung für das Deutsche Reich, 2. Aufl., 1906.

Matthiaß: Die Vererbung des Besitzes, Festschrift der Rostocker Juristen-Fakultät, S. 1, 1904.
Meischeider: Besitz und Besitzesschutz, Berlin 1876.
Michaelis: §§ 1922—2063 Erbrecht RGRK.
Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. III und V.
Mühlenbruch: siehe v. Glück: Pandekten.
Neuwiem: Der Uebergang des Besitzes der zum Nachlaß gehörigen Sachen auf den Nacherben, Breslauer Jur. Diss. 1912.
Ostertag: Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Sachenrecht, 3. Abteilung, Artikel 919 bis 977, Bern 1917.
Palandt: Das deutsche Erbrecht und seine Entwicklungstendenzen, in Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht, Nr. 3, S. 33, Nr. 4, S. 49.
Pfeifer, Rudolf: Besitz, in Rechtsvergleichendes Handwörterbuch von Schlegelberger, Bd. II.
Pfeiffer: Praktische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft mit Erkenntnissen des Oberappellationsgerichtes zu Kassel, I. Bd., Hannover 1825.
Planck: Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter, Bd. I, S. 528, Braunschweig 1879.
Preiser: Die Vererblichkeit des Besitzes nach Preußischem Recht mit Berücksichtigung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Breslauer Jur. Diss. 1892.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1899.
Raape: Besitzerwerb ohne Besitzwillen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Bonner Jur. Diss. 1901.
Randa: Der Besitz des österreichischen und gemeinen Rechts, 1890.
Reinach: Die Vererblichkeit des Besitzes auf der Grundlage der geschichtlichen Entwicklung unter Mitberücksichtigung ausländischer Rechtsanschauung, Göttinger Jur. Diss. 1927.
Renaud: in Kritische Zeitschrift für Rechtsw. und Gesetzgebung des Auslandes, Bd. 19.
Reyscher: in Zeitschrift für Deutsches Recht, Bd. V, S. 205.
Rohde: Der Erbenbesitz des BGB, Abschnitt XVIII: Studien im Besitzrecht, Bd. II, 1913.

Rosenthal: § 857 BGB bei einer Mehrheit von Erben, bei Anwachsung, Erhöhung des gesetzlichen Erbteils, Nacherbschaft, Erlanger Jur. Diss. 1930.
v. Savigny: Das Recht des Besitzes, eine zivilistische Abhandlung, 7. Aufl., Wien 1865.
Schmitz-v. Schwarzkoppen: Personal Property in: Das Zivilrecht Englands in Einzeldarstellungen, I. Teil.
Seyffarth: §§ 2064—2385, Erbrecht im RGRK. 8. Aufl.
Schaefer: Vergleich zwischen Sachbesitz und Erbschaftsbesitz unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung, Erlanger Jur. Diss. 1904.
Schirop: Raumlage und tatsächliche Gewalt, ein Beitrag zur Lehre vom Besitz, Marburger Jur. Diss. 1935.
Schliewen: Sachenrecht im RGRK. 8. Aufl.
Schmelzeisen, K. G.: Die Relativität des Besitzbegriffes im Arch. Ziv. Prax. 136. Bd., 1932.
Schröder v. Künßberg: Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 7. Auflage, 1932.
Schulin: Das griechische Testament im Vergleich zum römischen Testament, 1882.
Schuppe: Das Recht des Besitzes, zugleich Kritik des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1891.
Sohm: Bürgerliches Recht, in Systematische Rechtswissenschaft, Kultur der Gegenwart, S. 1, Berlin und Leipzig 1906.
— Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts, 17. Aufl., bearbeitet von Ludwig Mitteis, herausgegeben von Leopold Wenger, München-Leipzig 1923.
Stephan: Die Vererblichkeit des Besitzes unter besonderer Berücksichtigung des Falles der Nacherbfolge, Breslauer Jur. Diss. 1913.
Stobbe: Handbuch des Deutschen Privatrechts, Bd. V, 1885.
Strohal: Zum Besitzrecht des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, in Iherings Jahrb., 29. Bd., S. 336 u. 31. Bd., S. 1.
— Das Deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1901.
— Der Sachbesitz nach dem BGB für das Deutsche Reich, in Iherings Jahrb., Bd. 38, 1898.

Strohal: Sukzession in den Besitz nach römischem und heutigem Recht, Graz 1885.
Strunck: Der Gedanke der Erbrechtsform seit dem 18. Jahrhundert, Leipziger Jur. Diss. 1935.
Thamm: Der Besitz der Gesamthänder, Leipziger Jur. Diss. 1937.
Tuor: Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Erbrecht Art. 457 bis 640, Bern 1929.
Turnau-Förster: Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preußischen Ausführungsbestimmungen, Bd. I, 3. Aufl., 1906.
Ulich: Die Vererbung des Sachbesitzes, Leipziger Jur. Diss. 1911.
Graf Wartensleben: Die Besitzvererbung, Greifswalder Jur. Diss. 1899.
Weimar: Der gutgläubige Eigentumserwerb von Nachlaßgegenständen, in „Der junge Rechtsgelehrte", 13. Jahrg., Nr. 2, S. 24.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl., unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechtes bearbeitet von Dr. Theodor Kipp, Bd. I, Neubearbeitung 2. Aufl., 1906.
Zachariä v. Lingental: Handbuch des französischen Civilrechts, bearbeitet von Dr. Crome, Freiburg i. Br., 1894.

Lebenslauf.

Am 5. Januar 1908 bin ich als Sohn des Generaldirektors der Gräflich Schaffgotsch'schen Verwaltung Koppitz OS., Rechtsanwalt Fritz Sommer und seiner Ehefrau Katharina, geb. Pauke in Sonnenberg, Krs. Falkenberg OS., geboren. Von Ostern 1918 bis Ostern 1928 besuchte ich das humanistische Gymnasium zu Patschkau OS., das ich mit dem Zeugnis der Reife verließ. In den nächsten drei Jahren studierte ich Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten Wien, München und Breslau. Seit November 1929 bin ich ununterbrochen für die Nationalsozialistische Bewegung tätig. Nach dem Tode meines Vaters übernahm ich das väterliche Gut. Nach Wiederaufnahme meines Studiums bestand ich nach drei weiteren Semestern am 27. 9. 1939 an der Heimatuniversität Breslau die mündliche Doktorprüfung.

Hans-Friedrich Sommer.